



La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien (étude comparative)

Abdelkarim Osman

► To cite this version:

Abdelkarim Osman. La fusion des sociétés commerciales en droit français et syrien (étude comparative). Droit. Université de Rennes, 2015. Français. NNT : 2015REN1G010 . tel-01233272

HAL Id: tel-01233272

<https://theses.hal.science/tel-01233272>

Submitted on 24 Nov 2015

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



THÈSE / UNIVERSITÉ DE RENNES 1
sous le sceau de l'Université Européenne de Bretagne

pour le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE RENNES 1

Mention : Droit

**Ecole doctorale Sciences de l'Homme, des Organisations et de la
Société (SHOS)**

présentée par

Abdelkarim OSMAN

Préparée à l'unité de recherche UMR CNRS 6262 IODE
Institut de l'Ouest : Droit et Europe
UFR Droit et Science Politique

**La fusion des
sociétés
commerciales en
droit français et
syrien
(étude comparative)**

**Thèse soutenue à Rennes
le 10 juillet 2015**

devant le jury composé de :

Madame France DRUMMOND
Professeur à l'université Panthéon Assas ,
rapporteur

Monsieur Hawash SHAHIN
Professeur à l'Université de Damas,
rapporteur

Monsieur Alexis CONSTANTIN
Professeur à l'Université de Versailles Saint-
Quentin, *examineur*

Monsieur Afif DAHER
Maître de conférences à l'Université de Rennes 1,
examineur

Madame Catherine BARREAU
Professeur à l'Université de Rennes 1,
directrice de thèse

L'université de Rennes 1 n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Celles-ci doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères vont à tous ceux qui m'ont soutenu tout au long de ce travail.

À ma directrice, le professeur Catherine Barreau, pour ses précieux conseils et son importante présence dans l'encadrement de cette thèse.

Aux professeurs France Drummond, Alexis Constantin et Afif Daher d'avoir accepté de participer au jury de thèse.

Au professeur Hawash Shahin d'avoir fait tout ce trajet pour venir participer au jury.

À l'ensemble du personnel de la Faculté de Droit pour leur collaboration.

À mes parents, frères, sœurs et amis pour leur profonde affection malgré les circonstances difficiles qu'ils vivent.

Surtout et pour tout, à Walaa, ma magnifique épouse.

Enfin, je fais cadeau de ce travail à mon pays, la Syrie, qui passe cette épouvantable épreuve.

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

Actes prat. : Actes pratiques

Actes prat. ing. Soc. : Actes pratiques et ingénierie sociétaire

Aff. : Affaire

AGE : Assemblée générale extraordinaire

Al. : Alinéa

AJD : Actualité juridique Dalloz

AJDA : Actualité juridique, droit administratif

AMF : Autorité des Marchés Financiers

ANC : Autorité des normes comptables

ANSA : Association nationale des sociétés par actions

Arch. phil. droit : Archives de philosophie du droit

Ass. plén. : Assemblée plénière

Art. : Article

BALO : Bulletin des annonces légales obligatoires

BRDA : Bulletin rapide de droit des affaires

Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation

Bull. crim. : Bulletin des arrêts des chambres criminelles de la Cour de cassation

Bull. Joly Sociétés : Bulletin Joly droit des sociétés

Bull. Joly Bourse : Bulletin Joly bourse et produits financiers

CA : Cour d'appel

CAA : Cour administratif d'appel

Cah. dr. entr. : Cahier de droit de l'entreprise

Cass. : Cassation

Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation

Cass. ch. mixte : Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation

Cass. civ. 1^{ère} : Première chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 2^{ème} : Deuxième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. civ. 3^{ème} : Troisième chambre civile de la Cour de cassation

Cass. com. : Chambre commerciale de la Cour de cassation

Cass. crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

Cass. req. : Chambre des requêtes de la Cour de cassation

Cass. soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

C. civ. : Code civil

C. com. : Code de commerce

C. pén. : Code pénal

CE : Conseil d'Etat

CGI : Code général des impôts

Chron. : Chronique

CJCE : Cour de justice de la communauté européenne

CJUE : Cour de justice de l'Union

européenne

CMF : Commission des marchés financiers

CMFS : Commission des marchés financiers et des sécurités

C. mon. fin. : Code monétaire et financier

CNCC : Compagnie nationale des commissaires aux comptes

COB : Commission des opérations de bourse

Cons. const. : Conseil constitutionnel

C. trav. : Code du travail

C. soc. : Code des sociétés

CPP : Code de procédure pénale

D. : Recueil Dalloz

Dr. adm. : Droit administratif

Dr. et patr. : Droit et patrimoine

Dr. soc. : Droit social

EIRL : Entreprise individuelle à responsabilité limitée

Ed. : Edition

Fac. : Fascicule

FPI : Fonds de placement immobilier

Gaz. Pal. : Gazette du palais

IS : Impôts sur les sociétés

JCl. : JurisClasseur (civil, pénal...)

JCP E : JurisClasseur périodique (semaine juridique) édition entreprise et affaires

JCP G : JurisClasseur périodique (semaine juridique) édition générale

JORF : Journal officiel de la République française

JO Sénat : Journal officiel du Sénat

JOUE : Journal officiel de l'Union européenne

Lebon : Recueil des arrêts du Conseil d'Etat

LPA : Les Petites Affiches

OPA : Offre publique d'achat

OPCVM : Organisme de placement collectif en valeurs mobilières

Op. cit. : cité précédemment

Préc. : Précité

PUF : Presse Universitaire de France

RCS : Registre du commerce et des sociétés

RD bancaire et bourse : Revue de droit bancaire et de la bourse

RDC : Revue des contrats

RDT : Revue de droit du travail

Rev. dr. soc. : Revue du droit social

Rev. sociétés : Revue des sociétés Dalloz

RFDA : Revue française de droit administratif

Règ. gén. : Règlement général

RJC : Revue de jurisprudence commerciale

RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires

RJF : Revue de jurisprudence fiscale

RLC : Revue Lamy de la concurrence

RLDA : Revue Lamy droit des affaires

RSC : Revue de science criminelle et droit pénal

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial

s. : Suivant

SA : Société anonyme

SARL : Société à responsabilité limitée

SAS : Société par action simplifiée

SCPI : Société civile à placement
immobilier

SCS : Société en commandite simple

SICAV : Société d'investissement à capital
variable

SNC : Société en nom collectif

SPPICAV : Société de placement à
prépondérance immobilière à capital
variable

t. : tome

V. : Voir

SOMMAIRE

Introduction

Première partie. L'alignement progressif du droit syrien sur le droit français en matière de modalités applicables aux fusions

Titre I. Le rapprochement inachevé du droit syrien et du droit français quant aux types de fusion

Chapitre I. L'originalité des techniques de restructuration proposées en droit français

Chapitre II. L'insuffisance des techniques de restructuration adoptées en droit syrien : l'importance du droit français comme référence alternative

Titre II. La convergence assumée du droit syrien et du droit français quant aux conditions applicables aux fusions

Chapitre I. Les conditions de fond : flux et reflux

Chapitre II. Les conditions de forme : droit structuré et droit bouleversé

Seconde partie. Les effets de la fusion : l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français

Titre I. Les effets de la fusion sur les sociétés parties à l'acte

Chapitre I. Les effets de la fusion sur la société absorbée : effet primordial de l'opération

Chapitre II. Les effets de la fusion sur la société absorbante : effet patrimonial de l'opération

Titre II. Les effets de la fusion à l'égard des tiers

Chapitre I. Les effets de la fusion sur les parties prenantes « stakeholders »

Chapitre II. Les effets de la fusion à l'égard des tiers externes aux sociétés parties

Conclusion générale

*« La loi établit, conserve, change, modifie, perfectionne. Elle détruit ce qui est ; elle crée ce qui n'est pas encore. La tête d'un grand législateur est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses, qui président au bonheur des hommes et à la destinée des empires. Mais le pouvoir de la loi ne peut s'étendre sur des choses qui ne sont plus, et qui, par là même, sont hors de tout pouvoir ».*¹

¹ J.-E.-M. Portalis, exposé des motifs devant le Corps législatif en 1803, présentant l'article 2 du Code civil, in J.-M. Le Graverend, Traité de la législation criminelle, 3^{ème} éd. Librairie de Jurisprudence de H. Tralier, Bruxelles, 1832, p. 26.

INTRODUCTION

« Le droit et l'économie, loin d'être des instances parfaitement distinctes, confinent en réalité à la fusion »². « La fusion est un moyen de droit pour réaliser une concentration totale d'éléments intégraux »³.

1. Face au monde plein de crises, l'économie de la majorité des pays est sensiblement touchée. Au 19^{ème} siècle, la révolution industrielle a fait naître le besoin de faire des mutations décisives au sein de la société. Les gouvernements ont appréhendé la nécessité de protéger leurs industries nouvelles en essayant d'entamer la concurrence étrangère. Mais la réaction des gouvernements n'est pas la même dans tous les pays. Elle varie selon les circonstances économiques et le développement de chaque pays. Il est acquis que le fait d'éviter les accumulations de stocks et le nécessaire écoulement des produits explique la tendance vers la nécessaire mutation des entreprises⁴. La création d'un marché plus intégré est indispensable pour stimuler la croissance et développer l'activité. L'intégration d'un marché unique de biens et de services a poussé l'Europe à recourir à des techniques lui permettant de faire face à la concurrence américaine⁵. Dans cette optique, certains auteurs expliquent que *« l'étendue du marché des Etats-Unis y a concentré des entreprises dont les dimensions surclassent les entreprises de nos vieux pays européens ! Et comment dès lors s'étonner de voir, de tous côtés, les actuelles entreprises européennes chercher, pareillement, à se regrouper, soit à l'intérieur de chacun des États membres, soit entre européen compétitif »*⁶.

2. **L'adaptation des entreprises aux contraintes du marché.** Les sociétés n'échappent pas aux crises économiques puisqu'elles font partie du tissu économique. Un nombre croissant d'entreprises se trouve confronté à des difficultés de tous les niveaux, financières ou économiques. Devant ces contraintes, la survie de la société lui impose à recourir à différentes mutations liées à la structure même de celle-ci et qui conviennent à la structure du marché. De ce fait, une réaction nécessaire doit être envisagée pour échapper aux contraintes du marché. Dans cette optique, elles recourent à des techniques et procédés qui leur permettent de s'adapter aux pressions économiques afin de développer leur secteur d'activité. Les

² F. Zenati, Le droit et l'économie au-delà de Marx : Arch. phil. dr., t. 37, Droit et économie, Sirey, 1992, p. 121.

³ J. Cooper Royer, De la fusion des sociétés : essai juridique, Dalloz, 1933, p. 8.

⁴ M. Eugène Mathon, Discours prononcé à la Conférence Lainière Internationale, Paris, 21 et 22 nov. 1928.

⁵ M. Ismaël, Les concentrations économiques et leur rôle dans le commerce international, Master 1 Marketing Université de Damas, p. 16, disponible sur le site www.tahasoft.com/books/296.doc.

⁶ R. et J. Savatier et J.-M. Leloup, Droit des affaires, Sirey, 5^e éd. 1977, p. 499.

opérations de concentration apparaissent en effet comme une solution envisageable pouvant assurer la survie des entreprises. Aussi, le recours à ces moyens paraît nécessaire au développement stratégique de celles-ci.

3. La présence des mécanismes de concentration. Pour créer une structure susceptible d'avoir une influence sur un secteur déterminé du marché, la concentration se présente comme un procédé nécessaire pour sauvegarder les entreprises. Pour les acteurs économiques, la concentration tend à rassembler « *des éléments productifs de la richesse et le pouvoir économique dans un nombre de mains de plus en plus restreint* »⁷. Aux yeux des juristes, la concentration est réputée réalisée dès lors qu'un changement du contrôle des entreprises en cause a été mis en œuvre⁸. La concentration revêt plusieurs mécanismes tels que les acquisitions du contrôle⁹, l'entreprise commune¹⁰ et le groupe des sociétés¹¹. Ces stratégies permettent aux entreprises de s'adapter aux évolutions économiques et financières en cours. Aussi, le droit des sociétés a mis à la disposition des acteurs des affaires d'autres opérations de restructuration leur permettant de faciliter la mutation des entreprises. La scission, l'apport partiel d'actif et la confusion de patrimoine font un meilleur exemple. À côté de ces

⁷ H. Calade, La concentration capitaliste, éd. soc., 1965, p. 8.

⁸ Art. 3-1 du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil du 20 janvier 2004 relatif au contrôle des concentrations des entreprises (JO n° L 24, 29 janv. 2004). En droit syrien, la loi n'énumère pas les opérations de concentration. Elle définit le régime commun de la concentration sans aucune précision. Elle explique que la concentration est tout acte qui a pour effet de transmettre à titre universel ou partiel des droits de propriété, de jouissance sur des biens, des actions, des parts ou des obligations d'une entreprise à une autre, et qui permet à une entreprise de contrôler directement ou indirectement une ou plusieurs entreprises (art. 9, a, de la loi n° 7 du 31 mars 2008 relative à la concurrence et à l'interdiction des pratiques de monopole). Cela signifie que le champ d'application de la concentration est large et peut être étendue à nombreuses opérations.

⁹ La prise du contrôle d'une société se caractérise par l'acquisition des parts ou des actions d'une société afin d'exercer une influence dans la direction et la gestion de celle-ci : R. Houin, La prise de contrôle d'une société par actions (À l'exclusion du contrôle des concentrations d'entreprises), Rev. internationale du dr. privé, 1986, p. 567. On peut citer par exemple, la décision prise en 1992 par Nestlé d'acquies Perrier au prix fort de 13 milliards de francs. En 1993, le groupe a pris le contrôle de Véra et San Bernardo en Italie. Il a pris, en 1996, une participation de 34% dans Mineralbrunnen Uberkingen en Allemagne. Ainsi, en 1998, Nestlé a augmenté sa participation de 50% à 100% dans le groupe San Pellegrino.

¹⁰ La création de cette structure est faite par deux ou plusieurs entreprises qui en prennent le contrôle en commun. L'entreprise commune devient concentration lorsqu'elle est de plein exercice. La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration (art. 3-4, rég. n° 139/2004, 20 janv. 2004 ; art. L. 430-1, II, C. com., Lignes directives, Aut. Concur., 10 juill. 2013, n° 55, p. 19). Par exemple, l'entreprise commune Opéra créée par Cora et Casino ne constitue pas une concentration car il lui manque « les attributs d'une société autonome » (Lettre du 12 août 1999, secteur de la distribution (Casino/Cora), BOCC, 18 oct. 2000, p. 561 ; CE Sect. 31 mai 2000, Sté Cora, Rec. 194). V. aussi T. Draidj, À partir de quand une entreprise commune devient-elle une concentration ?, mémoire soutenu à l'Université de Paris 2, sous direction de L. Vogel, 2011, p. 20.

¹¹ Le groupe de sociétés est une technique de concentration qui permet aux sociétés réunissant de poursuivre un objectif commun. Les sociétés se réunissent soit par nécessité pour maintenir leur survie soit pour accroître leur puissance afin de réaliser des gains économiques. La constitution de groupe aboutit à la domination de celles-ci par une société contrôlante.

opérations, la nécessité a fait apparaître la fusion comme une solution permettant aux entreprises de s'adapter avec les circonstances qui les entourent et de confronter les difficultés qu'elles envisagent les surmonter.

4. L'apparition de la fusion comme solution d'adaptation. Conditionnées par des circonstances économiques externes liées à leur développement dans le temps, les entreprises ne peuvent évoluer ni réaliser leur objectif social sans recourir à certains mécanismes juridiques de restructuration telles les fusions. Grâce à cette technique, l'entreprise peut avoir une taille suffisante lui permettant de renforcer sa position sur le marché. De la même façon, les petites entreprises constituées autour d'une famille ou d'un petit groupe d'individus sont toujours menacées de la disparition face aux différentes crises qui frappent le monde actuel. Dans cette optique, la pratique a mis entre les mains des entreprises la fusion comme une solution de survie. En effet, pour assurer leur pérennité sur le marché, les entrepreneurs ont compris que leurs entreprises doivent se rapprocher et fusionner avec d'autres entités. La fusion demeure donc comme un instrument efficace pour s'adapter aux conjonctures économiques et lutter contre la concurrence. Cette opération est de plus en plus connue par les entreprises et les juristes ne peuvent en ignorer les règles. De ce fait, de nombreuses tentatives apparaissent pour définir la fusion.

5. La définition de la fusion. *« Le terme fusion n'est pas d'origine juridique. Il a été emprunté au vocabulaire de la physique. Dans son sens propre, il désigne le passage d'un corps solide à l'état liquide sous l'action du feu. Sous l'influence de cette force extérieure, l'apparence du corps change mais sa substance n'est pas altérée. Il existe toujours mais sous une autre forme »*.¹² Grammaticalement, le terme fusion indique *« un mélange intime où la matière d'un des éléments soumis à l'opération disparaît totalement dans la matière d'un autre élément »*.¹³ Dans le langage courant, comme le souligne Monsieur Jean COOPER ROYER, *« la fusion se comprend de deux sociétés comme de deux rivières qui réunissent leurs eaux,*

¹² H. Mestdagh, La fusion des sociétés commerciales au point de vue juridique et fiscal, Thèse, Lille, 1930, p. 23. Dans le même sens, Monsieur Jean COOPER ROYER précise que *« Dans le domaine chimique, lorsqu'une fusion intervient entre deux métaux, il en advient une composition où l'un des métaux en présence aura marqué sa prédominance, tout en acquérant les propriétés de l'autre ; ou bien il peut aussi arriver qu'il se forme une composition nouvelle où aucun des éléments des métaux primitifs ne prédomine absolument. Il en est exactement de même dans le domaine juridique. Mais une telle opération, entre deux sociétés, doit se caractériser par un contrat, par un échange de titres, par la dissolution d'une société. Une fusion ne peut être qu'une opération faite à titre universel »* (J. Cooper Royer, op. cit. p. 6).

¹³ J. Cooper Royer, op. cit. p. 10.

*l'une gardant sa dénomination et se grossissant de l'autre, ou bien toutes deux s'amalgamant pour former une rivière, exclusivement formée des deux eaux, rivière qui, dorénavant aura une domination nouvelle »*¹⁴

6. En droit des sociétés, la fusion a fait l'objet de plusieurs tentatives de définition. La première définition a été donnée par la jurisprudence de la Cour de cassation. Elle affirme que *« le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société unique »*¹⁵. Par ailleurs, Madame Yvonne CHEMINADE apporte une autre définition de fusion. Elle la définit comme *« un contrat par lequel deux ou plusieurs sociétés conviennent de mettre en commun leurs membres et leurs biens pour ne plus constituer qu'une société unique, soit que leur personnalité morale disparaisse au profit d'une personne nouvelle, soit que la personne morale de l'une subsiste pour absorber l'autre ou les autres »*¹⁶. Par contre, Ali ALBAROUDI insiste dans sa définition de la disparition d'une ou de plusieurs sociétés au profit d'une autre société à laquelle elles transmettent leurs biens¹⁷. Le Code de commerce français et le Code des sociétés syrien ont mis terme à cette division. Est une fusion lorsqu'une ou plusieurs sociétés transmettent leur patrimoine à une société existante ou à nouvelle société qu'elles constituent¹⁸. Dans ce procédé, les sociétés absorbées disparaissent et transmettent leur patrimoine à une société absorbante ou à une société nouvelle bénéficiaire de l'opération¹⁹. C'est donc comme le mariage de deux entités juridiques. La fusion est d'ailleurs passée par plusieurs vagues.

7. Les vagues de fusion. La première vague de fusion est apparue aux Etats-Unis dès 1883 grâce à l'essor des communications et au développement des transports²⁰. Cette vague de fusion a donné la naissance aux premiers groupes industriels américains. Elle a conduit à l'augmentation de la taille des entreprises et facilité la libre circulation des marchandises.

¹⁴ J. Cooper Royer, op. cit. p. 101. Cet auteur n'ajoute que la fusion de sociétés comme *« l'amalgame d'un patrimoine social avec un autre patrimoine social. C'est un amalgame total. Il y a une opération qui ne laisse place à aucune fissure, à aucune exception, à aucune fragmentation. (...) La signification primitive du mot est la transformation d'une chose à l'état solide en une chose à l'état liquide ou gazeux. Tout y passe, rien ne reste. Le mot fusion serait l'analogue du mot amalgame si ce dernier ne se voyait réserver pour les autres alliages de mercure. Le mot absorption a une signification identique. Absorber, c'est faire entrer en soi »* (J. Cooper Royer, op. cit. p. 9 et s.).

¹⁵ Cass. com., 28 janv. 1946, D. 1946, I, 168.

¹⁶ Y. Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTD com. 1970, p. 16.

¹⁷ A. Albaroudi, Les principes du droit commercial, L'établissement de la connaissance, Egypte, 1975, p. 330.

¹⁸ Article L. 236-1, al. 1^{er} du Code de commerce français.

¹⁹ Article 218-2 du Code des sociétés syrien.

²⁰ Carac magazine, Le retour des fusions-acquisitions, juillet 2014, n° 194, p. 4.

Dans les années 1920, avec le retour de la croissance et la crise de 1929, les opérations de fusion commencent à s'accélérer aux Etats-Unis surtout dans les secteurs du gaz, de l'électricité, de banque et de la chimie. Cette seconde vague a touché l'Europe et gagné la Grande-Bretagne. À la fin des années 1960, une vague de fusion a touché principalement les secteurs du pétrole, de la défense, de la chimie et de l'aéronautique et a commencé à s'étendre en Europe. En France, en 1970, la fusion de Saint-Gobain et de Pont-à-Mousson en fait illustration. Le magazine Carac ajoute qu'au milieu des années 1980, *« face au développement de la concurrence internationale, les entreprises se rapprochent pour trouver de nouvelles synergies. Les fusions « hostiles » apparaissent, visant à acquérir les entreprises concurrentes »*. Les secteurs les plus touchés par cette vague de fusion sont ceux du textile et du pétrole. Cette vague a perduré en France jusqu'en 1992. Elle avait pour objectif une concentration des activités des entreprises sur les métiers qu'elles maîtrisent. Or, les entreprises européennes, y compris les françaises, ont eu recours à la fusion comme un moyen de sauvegarder leur existence et pérennité face à la concurrence américaine²¹. Ensuite, la mondialisation accrue du tissu économique mondial et la globalisation des systèmes financiers était, à la fin du 20^{ème} siècle, à l'origine d'une nouvelle vague de fusion. Le développement des technologies de l'information et de la communication a conduit à la multiplication des fusions comme technique de concentration²². *« Au premier trimestre 2014, le marché des fusions-acquisitions en France a augmenté de 153 %, atteignant 43,6 milliards d'euros, un montant record depuis 2011 »*²³.

8. Le recours à la fusion a eu également son importance dans le monde arabe. La vague de fusion a commencé au début des années soixante du 20^{ème} siècle surtout en Egypte et en Syrie. Après le mouvement de nationalisation en Egypte dans les années soixante, le gouvernement a adopté une politique de concentration économique comme moyen de réaliser

²¹ I. Abdullah, Vers un nouveau système économique mondial, éd. Le comité égyptien du livre, Egypte, 1977, p. 114 et s.; M. Alsaïd, Les sociétés multinationales, éd. Le comité égyptien du livre, Le Caire, 1978, p. 192 et s.

²² R. Almahjoub, L'économie politique, t. I, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1982, p. 203.

²³ Carac magazine, Le retour des fusions-acquisitions, préc, p. 4. Cette statistique est basée sur l'étude effectuée, fin de mars 2014, par Thomson Reuters (share.thomsonreuters.com/PR/IB/Quarter_End/Thomson_Reuters_MA_and_Cap_Mkts_France_1Q14.pdf). L'année 2014 est l'année record dans le domaine de fusion-acquisition depuis la crise de l'année 2007. Selon les relevés effectués par Allianz Global Investors, les opérations de fusion-acquisition ont représenté, de janvier à la mi-mai, près de 680 milliards de dollars (500 milliards d'euros) dans tout le monde. C'est 56% de plus que l'année 2013 sur la même période. Très récemment, le 15 décembre 2014, la Commission européenne a donné son feu vert à la fusion entre deux géants européens en matière d'industrie des matériaux de construction : le français Lafarge et son concurrent suisse Holcim. Cette fusion devra donner naissance à un leader mondial numéro un du secteur, qui pèsera 32 milliards d'euros de chiffres d'affaires. Cette fusion devrait être réalisée au premier trimestre 2015. (http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/12/15/bruxelles-donne-son-feu-vert-a-la-fusion-entre-les-cimentiers-lafarge-et-holcim_4541018_3234.html).

le développement économique. La fusion illustre la meilleure technique de concentration. L'assurance a été le secteur le plus concerné. Par l'ordonnance n° 714 de 1965, la fusion de 12 entreprises d'assurance a donné la naissance à 4 entreprises : Egypte, l'Orient, Al Ahlya et l'Egyptienne²⁴. Cette vague n'a touché la Syrie qu'à la fin des années quatre-vingt. Le secteur public était le seul concerné par ce mouvement²⁵. Face à la concurrence des entreprises étrangères, même si ces dernières n'étaient pas nombreuses, le pays a vu, en 1988, la première opération de fusion dans le secteur de construction. La fusion, par l'ordonnance n° 235 de 1988, de 19 entreprises publiques a donné la naissance à 11²⁶. Au début de 21^{ème} siècle, après l'ouverture du marché syrien aux investissements étrangers, les entreprises syriennes se trouvent en face de la concurrence étrangère. Elles ont commencé à rechercher, surtout par le mécanisme de fusion, à trouver des synergies et stabiliser leurs profits. Même si elles restent trop peu par rapport à celles effectuées en France, les opérations de fusion, en Syrie, commencent à se multiplier²⁷.

9. La fusion, meilleur exemple de la concentration. Pour s'adapter à l'environnement économique, les entreprises se trouvent dans l'obligation de remanier leur organisation. Elles peuvent à cet effet invoquer la fusion comme procédé leur permettant de s'harmoniser avec la taille du marché. Pour une entreprise, fusionner avec d'autres entreprises est, selon les circonstances, une nécessité qui vise à réorganiser sa structure. Lorsque ces structures s'entendent ou se regroupent pour mener une politique commune ayant pour conséquence d'accroître leur croissance et de développer leur activité, elles trouvent la fusion comme un moyen de concentrer leurs efforts et d'augmenter la taille de leur activité²⁸. Monsieur Gilles MARTIN attire bien l'attention sur cette question. Il explique que *« s'il n'est pas douteux que l'opération de fusion est une opération de concentration du point de vue économique, elle apparaît également comme telle du point de vue, moins large, du juriste »*²⁹. Outre le fait que la concentration résulte de l'acquisition du contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou de

²⁴ M. Azmi, les relations des clients et fournisseurs avec le projet, éd. Al ma'aref, Egypte, 1978, p. 132 et s.

²⁵ Puisque la plupart des entreprises privées en Syrie sont du caractère familial. La fusion ne s'opérait qu'entre les entreprises publiques.

²⁶ A. Aoussi, Les entreprises publiques de construction en Syrie entre la marginalisation la consolidation, article disponible sur le site www.spo.sy/news/article/20380, 24 déc. 2014, p. 2.

²⁷ On peut citer par exemple, en 2006, la fusion de la société de télécommunication Areeba avec la société mondiale MTN a donné la naissance à la société MTN Syria. Le PDG de Areeba, Isamél JAROUDI, a décrit cette fusion : « c'est une naissance d'une nouvelle entité promotrice dans le moyen orient ». Aussi, en 2011, la fusion de 4 entreprises familiales avec l'entreprise El Amir, a donné la naissance à une nouvelle entité « Al Muthannah » : <https://sy.aliqtisadi.com/58733>, 15 déc. 2011.

²⁸ H. Almasri, La fusion et scission des sociétés, éd. Les livres juridiques, L'Egypte, 2007, n° 1, p. 8.

²⁹ G. Martin, La notion de fusion, RTD com., 1978, p. 274.

plusieurs entreprises³⁰, les juristes considèrent donc que la fusion constitue un mode de concentration des sociétés. Le règlement n° 139/2004 du 20 janvier 2004 confirme que la concentration peut être le résultat de la fusion de deux ou de plusieurs entreprises³¹. La fusion conduit au changement du contrôle durable des entreprises concernées. Elle a pour effet de regrouper la totalité des activités d'une entreprise avec les activités d'une autre entreprise. De la même façon, la fusion entraîne la disparition³² d'une ou de plusieurs sociétés au profit de la société bénéficiaire de l'opération. Par conséquent, la fusion « *est la forme la plus complète et la plus achevée de la concentration des entreprises constituées sous forme sociale* »³³.

10. La fusion, opération de restructuration. La restructuration correspond à l'idée d'une modification sensible et durable d'une entité juridique³⁴. La restructuration « *est une action concrète et méthodique consistant en un ensemble organisé de processus et visant un résultat. La restructuration se concrétise uniquement grâce au mécanisme juridique qui en est le support. Elle est une dynamique dont il est le catalyseur* »³⁵. L'importance et la nécessité des procédés de restructuration s'impose à tous les acteurs sociaux, favorise la mobilité des entreprises dans le marché et affecte tous les secteurs économiques. La restructuration a des conséquences très importantes sur la structure juridique en droit des sociétés. Monsieur Gérard FARJAT constate que « *la conséquence la plus radicale de ce processus à l'égard du droit serait la substitution d'une régulation économique à une régulation juridique* »³⁶. La restructuration se présente comme un mode particulier de rapprochement d'entreprises par transmission active et passive de leur patrimoine. En effet, elle se concrétise juridiquement par la transmission universelle du patrimoine de la société appelée à disparaître à la société bénéficiaire de l'opération. La restructuration par voie de fusion peut avoir lieu aussi entre sociétés indépendantes qu'entre sociétés d'un même groupe. Elle permet de simplifier les structures de contrôle dans le même groupe et rapprocher les activités de même nature. La restructuration peut concerner l'absorption d'une filiale par la société mère ainsi que l'absorption de celle-ci par la filiale³⁷. Elle peut également se traduire par une fusion entre la

³⁰ Art. 3-1, b), rég. n° 139/2004. En droit syrien, art. 9, a, du Code de la concurrence n° 7 du 3 avr. 2008.

³¹ Art. 3-1, a), rég. n° 139/2004.

³² Naturellement, cette dissolution est sans liquidation de la ou des sociétés appelées à disparaître. Cette condition nécessaire pour la validité de l'opération de fusion sera examinée dans la seconde partie de notre étude.

³³ Y. Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTD com., 1970, p. 16.

³⁴ C. Masquefa, La restructuration, LGDJ, 2000, n° 21, p. 17. Grammaticalement, la restructuration est une « *opération consistant à réorganiser ou à réaménager un ensemble devenu inadapté* » (www.larousse.fr).

³⁵ C. Masquefa, La restructuration, op. cit. n° 181, p. 137.

³⁶ G. Farjat, La notion de droit économique : Arch. phil. droit, Droit et économie, t. 37, 1992, p. 48.

³⁷ Cette opération de fusion dite « inversée » ou « à l'envers » : (J.-P. Winandy, Manuel droit des sociétés,

société holding et la société cible³⁸. De surcroît, « *les cascades de holding qui permettent aux groupes de lever des capitaux sur le marché ou d'augmenter leur capacité d'emprunt ne présentent plus beaucoup d'intérêt en période de dépression boursière (...) dès lors que l'on a fait le plein d'emprunt. La fusion œuvrera utilement dans cette perspective* »³⁹. Par voie de conséquence, « *La finalité de toute restructuration est d'obtenir que la structure soit, une fois l'opération achevée, modifiée* »⁴⁰. La fusion présente donc la finalité de l'opération de restructuration à laquelle les sociétés candidates peuvent recourir pour remanier leur structure.

11. Le choix de fusion comme solution envisageable par les parties. Le recours à la fusion présente des avantages au profit des sociétés candidates à l'opération. Elle est un moyen permettant d'assurer le développement et la pérennité de la société bénéficiaire de l'opération. Lorsque cette dernière envisage étendre son réseau et développer ses activités, elle peut absorber une entreprise concurrente, appelant intégration ou concentration horizontale, soit un fournisseur, intégration amont, ou un client, intégration aval⁴¹. En effet, la société absorbante peut consolider sa position sur le marché. La fusion présente pour elle un moyen qui lui permet d'avoir accès à de nouveaux réseaux de distribution, voire à de nouveaux marchés.

12. Du point de vue de la société désirant se faire absorber, le recours à la fusion peut être expliqué en deux motifs⁴². Le premier consiste à mettre en évidence l'idée de la préservation de patrimonialité. L'entreprise présente une valeur patrimoniale et financière et dispose d'actifs précieusement estimables. Elle peut également avoir un réseau commercial, une marque ou de brevets. Malgré l'importance de cette valeur précieuse de l'entreprise, il arrive qu'elle se trouve dans une situation difficile qui peut entraîner sa disparition. Dans cette optique, dans un marché caractérisé par une certaine globalisation, l'entreprise ne peut pas réaliser une politique d'expansion face aux évolutions qui l'entourent. C'est d'ailleurs le cas de petites et moyennes entreprises. Quant à celles-ci, le tissu économique mondial subit de nombreuses modifications considérables. De ce fait, les entreprises de petite et moyenne taille

Legitech, 2011, p. 811 ; C. Fischer, Le rachat d'actions et les participations réciproques, De Boeck, 1996, p. 137).

³⁸ Cette opération dite de « fusion rapide ».

³⁹ R. Routier, Les fusions de sociétés commerciales, op. cit. n° 20, p. 11 et s.

⁴⁰ C. Masquefa, La restructuration, op. cit. n° 199, p. 147.

⁴¹ V. J. Antoine et M.-C. Capiou-Huart, Dictionnaire des marchés financiers, De Boeck Université, 1^{er} éd. 2006, n° 487, p. 139. V. également A. Yonis, Les sociétés commerciales, éd. La pensée arabe, Le Caire, 1960, p. 145 ; M. Chafik, Précis de droit commercial, 2^e éd., Le Caire, 1953, p. 657.

⁴² M. Chadefaux, Les fusions de sociétés, Groupe Revue Fiduciaire, 7^e éd. 2012, n° 2, p. 19 et s ; A. Albortchire, Le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales, thèse, Université d'Auvergne, 2005, n° 7, p. 11.

risquent de disparaître en faveur d'un développement massif des grandes entreprises. Un développement lié à un nombre croissant des mouvements de concentration présents⁴³. La fusion peut en effet être un moyen de sauvegarde pour la société absorbée.

Le second motif qui pousse une entreprise à se faire absorber peut se traduire par l'impuissance de celle-ci de réunir seule les possibilités financières afin de mener une politique d'investissement efficace. En cette hypothèse, l'entreprise peut collaborer et se rapprocher avec une autre entreprise dans le but de se concentrer par le mécanisme de la fusion-absorption. La fusion peut en effet être effectuée entre sociétés de structure, de taille, d'activité ou de rentabilité différente. C'est une opération à géométrie variable⁴⁴.

13. Par ailleurs, la fusion est un outil important au service de stratégies basées sur la restructuration au sein des groupes de sociétés. L'existence des activités rentables et d'autres qui ne le sont pas au sein du groupe peut être un motif pour la réorganisation d'un groupe de sociétés. Une telle dispersion d'activités peut être un motif pour la restructuration d'un groupe de sociétés. La fusion est une opération intéressante pour un groupe de sociétés qui permet de rapprocher les activités de même nature et de simplifier les structures de contrôle à l'intérieur de celui-ci⁴⁵. Peu importe que la fusion soit utilisée comme un moyen pour réaliser une intégration verticale, horizontale ou au sein d'un groupe de sociétés, elle s'opère par une convention.

14. Le caractère conventionnel de la fusion. La naissance d'une fusion suppose la réalisation de celle-ci par voie d'accord entre les sociétés candidates à l'opération. La fusion se caractérise par son caractère conventionnel. L'opération commence par une phase de rapprochement entre les sociétés candidates⁴⁶. Ces dernières sont libres d'organiser les modalités de leur rapprochement afin d'arrêter les conditions essentielles de l'opération. La phase de rapprochement commence par des négociations ou des pourparlers préliminaires entre les sociétés concernées qui peuvent aboutir à la mise en forme d'un document

⁴³ M. Lecerf, Les petites et moyennes entreprises face à la mondialisation, thèse soutenue à l'Université de Paris I, sous la direction de R. Lantner, 2006, p. 6.

⁴⁴ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 14, p. 28.

⁴⁵ R. Routier, Les fusions des sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994, n° 17, p. 10.

⁴⁶ Sauf le cas d'une fusion effectuée au sein d'un groupe de sociétés. Ces dernières sont guidées par la politique du groupe où la société mère impose une telle opération. Il n'y a pas, en effet, besoin de recourir à la phase de rapprochement dans la mesure où les sociétés d'un groupe se connaissent et elles passent directement à la signature du projet de fusion.

préparatoire qualifié de protocole de fusion⁴⁷. Le non respect de ce contrôle n'engage que la responsabilité des signataires⁴⁸. Il ne présente le caractère d'un contrat ni l'apparence d'un avant contrat⁴⁹. Il prend seulement la forme des pourparlers confidentiels qui sont destinés à fixer les idées pour des négociations plus précises. Ensuite, ce rapprochement débouche sur un projet de fusion qui doit, en dernière phase, être approuvé par les organes compétents. L'approbation par ceux-ci du projet de fusion donne naissance à la convention proprement dite⁵⁰. La conception contractuelle tend, en conséquence, à rattacher à la volonté des parties des solutions juridiques. Un nombre croissant des règles du droit des sociétés, dont la fusion fait partie, relève de la technique contractuelle. C'est ainsi que la mise en œuvre de la fusion doit satisfaire aux conditions essentielles pour la validité des contrats⁵¹. La fusion est donc le fruit de l'imagination des sociétés intervenantes à l'opération. Mais ces imaginations sont encadrées par des règles.

15. Le mécanisme institutionnel de la fusion. La fusion est d'ailleurs un outil institutionnel de concentration⁵². La conception contractuelle est insuffisante dans la mesure où le législateur lui-même intervient pour régler de façon impérative les conditions et la réalisation de l'opération de fusion. La conception institutionnelle⁵³ tend à organiser cette opération autour d'un but déterminé ; « *les droits et intérêts privés sont subordonnés au but social qu'il s'agit d'atteindre* »⁵⁴. Le droit des sociétés met à la disposition des sociétés candidates à l'opération de fusion des instruments structurels. La mise par les apporteurs de certains biens à la disposition de la société est régie par des stipulations de pacte social⁵⁵. La réalisation de la fusion implique la modification du pacte social de la ou des entités initiales. Aussi, la mise en œuvre de la fusion est soumise à des dispositions légales préconçues.

⁴⁷ Sur ce point, v. Th. Tilquin, *Traité des fusions et scissions*, éd. Kluwer, Belgique, 1993, n° 208 et s., p. 159 et s.

⁴⁸ Toutefois, dans la fusion par création de société nouvelle qui n'est pas encore constituée, en l'absence de toute mention expresse à ce sujet dans l'acte constitutif, la société nouvelle n'est pas tenue des engagements qui figurent dans le protocole (T. com. Nantes, 31 janv. 1974, *Gaz. Pal.* 1974, I, jur., p. 433 ; *Rev. soc.*, 1974, 727, note J.-J. Burst) : J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2014, n° 1970.

⁴⁹ T. com. Nantes, 31 janv. 1974, préc.

⁵⁰ G. Martin, *op. cit.* p. 277.

⁵¹ Ces conditions portent sur le consentement, la capacité, l'objet et la cause.

⁵² Ch. Masquefa, *La restructuration*, LGDJ, 2000, p. 140.

⁵³ « *L'institution est un organisme créé et fonctionnant selon une constitution légale, impérative et durable, autonome par rapport à ses fondateurs* » : (A. Constantin, *Droit des sociétés*, 6^e éd. Dalloz, 2014, p. 3).

⁵⁴ Au nom de l'intérêt social, les droits des associés peuvent être modifiés par décision de la majorité. Les décisions par celle-ci peuvent être annulées si elles sont contraires à l'intérêt social de la société. Ainsi, selon cette conception, les dirigeants sont des organes, pas des mandataires, chargés de mettre en place la volonté commune (P. Merle, *Sociétés commerciales*, 18^e éd. Dalloz, 2014, n° 32, p. 44).

⁵⁵ H. Mestdagh, *La fusion des sociétés commerciales au point de vue juridique et fiscal*, thèse soutenue à l'Université de Lille, 1930, p. 26.

L'encadrement de la fusion nécessite donc l'intervention du législateur qui doit véritablement réglementer l'opération. La plus révélatrice est l'adoption d'un corps de règles européennes et nationales destinées à régir les opérations de fusion dont la multiplication a suscité le développement.

16. L'évolution de la fusion en droit européen. En Europe, devant la mutation du circuit économique, la fusion redevient un sujet d'actualité. Les frontières nationales ne sont pas en mesure de contenir les mouvements économiques⁵⁶. La compétitive d'une économie devient transnationale et impose aux entreprises d'atteindre une taille optimale dans un secteur d'activité précis. Celles-ci essaient de se rapprocher pour atteindre leur objectif. De ce fait, on se retrouve devant une réalité de multiplication de rapprochement et de restructuration des entreprises qui dépasse la sphère nationale. En tant que modalité de telles restructurations et de tels rapprochements, la fusion présente l'opération-type de concentration. Ces rapprochements sont connus sous l'appellation des fusions transfrontalières parce qu'ils dépassent les frontières nationales⁵⁷. La fusion transfrontalière est considérée comme mode de restructuration permettant aux entreprises d'optimiser la réorganisation de leur activité grâce aux éléments qui peuvent être situés dans plusieurs États membres de l'Union européen⁵⁸. Ces mouvements transfrontaliers doivent être régis par le législateur européen. L'adoption de la directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 fait une preuve de consécration aux fusions transfrontalières⁵⁹. Cependant, cette directive porte uniquement sur les sociétés anonymes. Une évolution ultérieure apportée par le législateur européen est un outil favorable à la fusion transfrontalière. Il a mis à la disposition des États membres la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005⁶⁰ pour faciliter les fusions transfrontalières de sociétés. Elle permet en effet de lever les obstacles liés à la réalisation des opérations transfrontalières dans la mesure où elle étend son champ d'application aux sociétés de capitaux⁶¹. Cette directive n'est pas la dernière pierre : la directive n° 2009/109/CE du 16

⁵⁶ R. Routier, Les fusions des sociétés commerciales, préc, n° 6, p. 6.

⁵⁷ On peut citer par exemple la fusion transfrontalière réalisée, en France, en 2013, entre deux groupes européens « entre égaux » dans le but de créer un leader européen en matière de vaccin et des anticorps. La réalisation de l'opération entre la société Intercell AG, basée en Autriche, et la société Vivalis SA a donné naissance à VALNEVA SE.

⁵⁸ I. Tzinieri, Les fusions transfrontalières des sociétés commerciales, mémoire soutenu à l'Université de Robert Schuman Strasbourg, sous la direction de J. Bauerreis, 2001-2002, n° 3, p. 7.

⁵⁹ Dir. 78/855/CEE du Conseil, 9 oct. 1978, JOCE n° L. 295, 20 oct. 1978, p.36.

⁶⁰ Directive 2005/56/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux (JOUE n° L. 310/1, 25 oct. 2005, p. 186-194).

⁶¹ M. Menjucq, Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, Rev. Lamy droit des affaires, 2006, p. 10.

septembre 2009⁶² a apporté des modifications à celle-ci. La mise en place de directives en matière de fusion contribue à faire évoluer les législations des États membres de l'Union européenne. Celles-ci doivent être harmonisées avec le droit européen.

17. L'aménagement de la fusion en droit français. En France, ce procédé de concentration ne cesse pas de se répéter depuis les années 1990. Les entreprises ont débuté à la fin du XX^e siècle de grandes évolutions car elles étaient soumises à des pressions conjoncturelles. L'adaptation à l'évolution du marché impose aux entreprises à modifier leurs structures en se rapprochant avec de nouvelles entreprises afin de renforcer leur capacité d'investissement. La fusion se présente un meilleur exemple comme une modalité particulière de rapprochement. Elle se propose d'ailleurs comme un procédé de concentration qui permet de regrouper les entreprises candidates afin d'en former une⁶³. En droit français, la pratique, précisément la jurisprudence⁶⁴ a pris l'initiative de faire naître la fusion. Il n'existait pas un régime juridique spécifique à l'opération de fusion. Cette situation d'incertitude juridique a attiré l'attention du législateur. Il a fallu attendre la loi du 24 juillet 1966 pour « trouver le mot sous la plume du législateur »⁶⁵. C'est avec cette loi sur les sociétés commerciales que le législateur a fait introduit des dispositions propres consacrées à l'opération de fusion qui constituent un statut légal de celle-ci⁶⁶. En conséquence, la fusion a été créée en droit français par la jurisprudence et, ensuite, est reconnue par le législateur. Les dispositions de la loi du 24 juillet 1966 ont été complétées par une loi du 5 janvier 1988 qui a introduit la directive n° 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 et avait pour effet de modifier la loi du 24 juillet 1966. Une deuxième modification accompagnée de simplification est intervenue par la loi du 11 février 1994, dite loi Madelin⁶⁷. Ces modifications ont été abrogées par l'ordonnance du 18 septembre 2000⁶⁸ qui a fait l'objet de nombreuses modifications⁶⁹ dont la dernière est celle de

⁶² Dir. 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions (JOUE n° L. 294/14, 2 oct. 2009, p. 284-291).

⁶³ B. Schaming, La restructuration des sociétés, PUF, 1996, p. 4.

⁶⁴ Cass. civ., 28 janv. 1946, D. 1946. I. 168.

⁶⁵ P. Didier et Ph. Didier, Droit commercial, T. 2, Les sociétés commerciales, Economica, 2011, n° 1422, p. 1013.

⁶⁶ Art. 371 à 389-1 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF, 26 juill. 1966, p. 6402.

⁶⁷ Loi n° 94-126 du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, JORF, 13 févr. 1994.

⁶⁸ Ord. n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce (JORF, n° 219, 21 sep. 2000, p. 14777).

⁶⁹ Actuellement les dispositions qui organisent les opérations de fusion figurent aux articles L. 236-1 à L. 236-24 (relatives à la fusion interne) et L. 236-25 à L. 236-32 du Code de commerce (concernant les fusions transfrontalières).

la loi du 3 juillet 2008⁷⁰. La loi du 24 juillet 1966 a également été complétée par un décret du 23 mars 1967 qui a consacré des dispositions applicables aux opérations de fusion⁷¹. Toutefois, plusieurs décrets consécutifs⁷² ont apporté des modifications aux dispositions du décret du 23 mars 1967 qui ont été finalement abrogés par le décret du 25 mars 2007⁷³ relatif à la partie réglementaire du Code de commerce⁷⁴. En outre, le Code civil ne reste pas muet sur ce point. Il a mis en évidence le régime commun de fusion des sociétés. Il s'agit d'un texte qui met la fusion devant les juristes comme un procédé auquel ils peuvent recourir pour répondre aux besoins des sociétés. L'article 1844-4 du Code civil explique les caractéristiques essentielles de l'opération de fusion.

Dans un autre continent, la réaction du législateur quant à l'organisation de l'opération face aux évolutions du marché s'est produite tard. Le droit syrien fait une preuve de ce décalage législatif.

18. Structuration tardive de la fusion en droit syrien. En Syrie, les opérations de fusion commencent à se répéter après 2005. L'adaptation à la taille du marché, la concurrence des entreprises étrangères et la situation économique ont poussé les entreprises à apporter des modifications à leurs structures. La nécessité de se regrouper pour développer leurs activités et confronter les entreprises concurrentes, la fusion se présente comme technique qui répond aux besoins des entreprises de réaliser les mutations. Le recours à la fusion nécessite l'existence de statut juridique qui permet aux entreprises de faciliter la réalisation de l'opération. Le législateur de 1949 n'a donné aucune importance aux fusions des sociétés. Cela explique par le fait que la Syrie était sous le mandat français jusqu'à son indépendance le 17 avril 1946. C'est un pays en voie de développement : il n'a eu un progrès économique qu'à la fin du 20^{ème} siècle. La situation économique a influencé d'une manière négative sur les législations en matière commerciale. Le Code de commerce n° 149 du 22 juin 1949⁷⁵ n'a pas apporté un statut légal sur la fusion des sociétés⁷⁶. Toutefois, la multiplication de nombre des sociétés anonymes, la croissance des activités des entreprises, l'augmentation des

⁷⁰ Loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire (JORF, n° 0155, 4 juill. 2008, p. 10705).

⁷¹ Art. 254 à 265 du décret n° 67-236 du 23 mars 1967 sur les sociétés commerciales.

⁷² Les décrets n° 88-1192 du 28 décembre 1988 (JORF, 24 avr. 1988), n° 2005-112 du 10 février 2005 (JORF, 12 févr. 2005) et n° 2006-1566 du 11 décembre 2006 (JORF, 12 déc. 2006).

⁷³ Décret n° 2007-431 du 25 mars 2007, JORF, n° 73, 27 mars 2007, p. 5648.

⁷⁴ Art. R. 236-1 à R. 236-12 du Code de commerce.

⁷⁵ Cette loi est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 1949.

⁷⁶ Une seule disposition est, prévue dans le Code de commerce, relative à la fusion des sociétés anonymes. L'article 255-1 a autorisé aux sociétés anonymes de fusionner entre elles.

investissements étrangers et le développement de la taille du marché ont invité le législateur à adopter en 2008 un Code spécifique relatif aux sociétés. Le Code des sociétés du 4 mars 2008⁷⁷ a mis en place un statut légal particulier applicable aux fusions des sociétés⁷⁸. La loi du 4 mars 2008 a été abrogée par le décret législatif n° 29 du 14 février 2011⁷⁹. Le nouveau Code des sociétés n'a pas modifié les dispositions, prévues par la loi du 4 mars 2008, régissant la fusion des sociétés. De ce fait, même si elles sont récemment adoptées, l'aménagement des opérations de fusion est une nécessité incontestable pour encadrer ce procédé de concentration.

19. Le lien entre le droit syrien et le droit français en matière de fusion. À l'issue de la première guerre mondiale, la Syrie est politiquement détachée de la Turquie, mais elle conservait la législation ottomane. Elle vivait sous l'empire du Code de commerce ottoman de 1876 qui est inspiré du Code français de 1807. Ce Code a beaucoup vieilli parce qu'il n'était pas au courant de l'évolution économique dans les autres continents⁸⁰. Ayant eu progressivement sa pleine souveraineté, la Syrie avait besoin d'une élaboration d'une nouvelle législation substituée à la législation ottomane : un besoin est indispensable pour affirmer la particularité de ce pays. Le Liban fit le premier pas vers la promulgation en 1942 d'un Code de commerce⁸¹. L'influence de la législation française a ses effets dans ce Code. À son tour, la Syrie voulut suivre le même chemin de réforme législative et surtout dans le droit commercial. Le Code de commerce libanais récemment adopté était un modèle complet pouvant servir au législateur syrien. Au milieu de 1949, un nouveau Code de commerce a été mis en œuvre par le décret législatif n° 149 du 22 juin 1949⁸². Les rédacteurs de cet ouvrage législatif ont donné dans leur travail une satisfaction aux besoins du commerce et de l'industrie. En effet, le nouveau Code de commerce et l'ancien Code ottoman étaient influencés par le Code de commerce français et inspirés par ce dernier. Cette influence comprend également les opérations de fusion des sociétés. À l'image du droit français, le législateur syrien a autorisé les sociétés anonymes à fusionner entre elles. Jusqu'à la promulgation de la loi du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, le droit des sociétés syrien était proche, dans son contenu, du droit des sociétés français. Dès lors, le législateur français a opté pour le développement du droit des sociétés qui suit, dans le cadre de fusion,

⁷⁷ Le Code des sociétés a été créé par la loi n° 3 du 4 mars 2008 et est entré en vigueur le 1^{er} avril 2008.

⁷⁸ Ce sont les articles 218 à 222 du Code des sociétés.

⁷⁹ Le décret législatif n° 29 du 14 février 2011 relatif à la constitution de toute forme des sociétés.

⁸⁰ Le Code a négligé les sociétés par actions. Il n'a consacré que très peu d'articles à ce genre des sociétés.

⁸¹ Le Code de commerce libanais a été promulgué par le décret n° 304 du 24 décembre 1942.

⁸² R. Houin, Le Code de commerce syrien de 1949, Rev. int. dr. comp., 1953, p. 675.

jusqu'à l'heure actuelle une évolution considérablement distinguée.

20. Objet de la recherche. Toutefois, le Code de commerce syrien n'a pas accompagné le Code de commerce français dans son évolution législative. Au 21^{ème} siècle, l'évolution économique exige des structures plus souples et transparentes permettant aux entreprises de s'adapter. Le Code de commerce de 1949 fait souvent obstacle à l'adoption de structures naturellement importantes en droit des sociétés, particulièrement en matière de fusion, car il se trouve mal adapté aux besoins des entreprises. Le Code syrien n'a ni modifié ni augmenté un seul texte depuis sa promulgation⁸³. Il s'éloigne des règles propres et précises et préfère opter pour les principes généraux laissant un souci d'application en pratique. La fusion des sociétés est le meilleur exemple. La fusion des sociétés en droit français contemporain résulte des lois récentes, de la doctrine et des solutions jurisprudentielles. En revanche, la fusion en droit syrien est restée attachée à la traduction élaborée par les anciens rédacteurs du Code de commerce. Dans l'optique de l'éventuelle réforme du droit des sociétés syrien, le souhait a été exprimé par la mise en œuvre d'ensemble de textes en matière de fusion. La loi du 4 mars 2008⁸⁴ est venue répondre aux besoins pour réorganiser leur structure. Mais, elle n'était pas suffisante pour satisfaire les besoins des entreprises. Une nouvelle réforme du droit des sociétés a été mise en place le 14 février 2011. Cependant, le nouveau Code des sociétés du 14 février 2011 n'a pas apporté de modifications au régime de fusion adopté par la loi de 2008. Cinq dispositions juridiques ont été établies pour réglementer les opérations de fusion⁸⁵. Elles portent sur les techniques de fusion⁸⁶, les différentes formes de sociétés qui peuvent intervenir à l'opération⁸⁷, l'imposition de l'opération⁸⁸, son approbation⁸⁹, son évaluation⁹⁰ et la publicité de la fusion⁹¹. Le nouveau Code des sociétés autorise également les créanciers de former opposition à l'opération⁹². Le dernier texte du chapitre du Code des sociétés concernant la fusion traite la situation de la société bénéficiaire de l'opération en tant qu'ayant

⁸³ Cette stagnation législative se justifie vraisemblablement par la nature des populations du Moyen-Orient : « une tendance à l'immobilité et au conservatisme intellectuels, doublée d'une préférence de la discussion technique et exégétique par rapport à la critique et aux vues sociologiques »⁸³ : P. Garraud, L'œuvre juridique de l'Ecole française de droit de Beyrouth, in Mélanges Huvelin, Livre du 25^e anniversaire de l'Ecole française de droit de Beyrouth, Sirey 1938, p 73.

⁸⁴ C'est le premier Code propre aux sociétés commerciales.

⁸⁵ Ces textes figurent bien au dixième chapitre du Code des sociétés.

⁸⁶ Art. 218, C. soc. (Code des sociétés).

⁸⁷ Art. 219-1, 2 et 3, C. soc.

⁸⁸ Art. 219-4 et 5, C. soc.

⁸⁹ Art. 220-1, 2, 3 et 4, C. soc.

⁹⁰ Art. 220-6, C. soc.

⁹¹ Art. 221-1, C. soc.

⁹² Art. 221-3, C. soc.

cause à titre universel⁹³. De même, les mesures législatives adoptées, en matière de fusion, ne cherchent pas à donner aux parties un espace suffisant de liberté. L'approche contractuelle s'éloigne ; la liberté contractuelle est restreinte. Dans ces conditions, le rôle de la doctrine et de la jurisprudence est complètement absent. Leur disparition dans le domaine de fusion nous conduit à chercher un droit de référence avec lequel le droit syrien a un lien : le droit français.

21. En droit français, le législateur a bien réglementé la fusion. De façon régulière, la législation fait l'objet d'une révision. Des mises à jour sont toujours appelées. Des dispositions générales applicables aux différentes formes des sociétés font l'introduction du chapitre IV, portant sur la fusion, du Code de commerce⁹⁴. Puis, des dispositions particulières aux sociétés anonymes⁹⁵ ainsi qu'aux sociétés à responsabilité limitée⁹⁶ ont été énoncées les unes après les autres. Des dispositions diverses ont également été établies au chapitre VI⁹⁷. En plus, un régime spécial a été élaboré en matière fiscale pour s'appliquer aux fusions sous choix des sociétés parties à l'opération. Ce régime de faveur a été institué par le législateur fiscal et figure bien au Code général des impôts⁹⁸. Ainsi, la contractualisation croissante du droit des sociétés accrédite l'idée que le droit de fusion prend un énorme espace de liberté⁹⁹. La liberté contractuelle s'épanouit dans le cadre de fusion dans la mesure où le droit des sociétés devient, dans la mesure du possible, moins contraignant. L'évolution de régime de fusion a d'ailleurs un support jurisprudentiel et doctrinal. La jurisprudence et la doctrine françaises ont participé au développement du système de fusion en proposant des solutions sous le respect des dispositions législatives. L'actualité des arrêts de la Cour de cassation et des observations des auteurs font une preuve de cette évolution.

Par voie de conséquence, l'objet de cette étude porte sur une étude comparative entre le droit syrien et le droit français en matière de fusion des sociétés.

22. Intérêt de la recherche. L'étude comparée de deux systèmes juridiques appartenant à deux secteurs géographiques différents permet d'appréhender l'évolution du droit dans un domaine qui nous passionne. Une meilleure compréhension des règles qui organisent la fusion

⁹³ Art. 222, C. soc.

⁹⁴ Les articles L. 236-1 à L. 236-7, C. com. (Code de commerce).

⁹⁵ Les articles L. 236-8 à L. 236-22, C. com. Ces dispositions s'appliquent également aux SAS (art. L. 227-1, al. 3, C. com.) et aux sociétés en commandite par actions (art. L. 226-1, al. 2, C. com.).

⁹⁶ Les articles L. 236-23 et L. 236-24, C. com.

⁹⁷ Les articles R. 236-1 à R. 236-12, C. com.

⁹⁸ Art. 210 A, CGI (Code général des impôts).

⁹⁹ Nous allons voir dans cette étude que la stipulation d'une clause de rétroactivité par les sociétés parties et le choix de régime fiscal applicable à l'opération de fusion affirment cette idée.

dans les deux régimes permet d'apprécier la tenue des voies empruntées par chacun. Le système législatif syrien n'est pas indifférent aux énormes modifications envahissant le droit comparé de fusion. Il a déjà commencé ses premiers pas vers un statut légal régissant les opérations de fusion. Mais il demeure lacunaire par rapport à l'évolution du droit français en la matière. La rareté, voire l'absence, des œuvres doctrinales et des solutions jurisprudentielles nous prouve l'importance, voire la nécessité, de ce sujet. Notre étude a pour finalité de révéler les différentes difficultés qui affectent le droit syrien en matière de fusion. De ce fait, nous nous sommes convaincu qu'une comparaison avec un système juridique évolué, comme le droit français, permet de proposer des remèdes et d'envisager des solutions. Dès lors, une approche comparative s'impose pour mettre en évidence la source d'inspiration du droit syrien dans le domaine de fusion. Une telle source trouve son origine dans le droit français. Cette approche comparative nous permet aussi de chercher dans les doctrines et jurisprudences françaises les voies d'amélioration du droit syrien de fusion.

23. Présentation générale. L'opération de fusion n'a pas été définie¹⁰⁰, mais elle a été décrite. Cette opération a été donc caractérisée par son imprécision¹⁰¹. Elle est usitée mais elle s'agit le plus souvent de « *mariage de raison* »¹⁰². La notion de la fusion est large et les problèmes qu'elle pose sont nombreux. Il est donc nécessaire de « *mettre une étiquette* »¹⁰³ sur l'opération afin d'en percevoir toutes les conséquences. Dans un contexte cité par Gilles MARTIN, il était dit que « *la fusion n'est pas seulement une technique qu'il convient de réglementer pour obtenir un résultat prédéfini. C'est un rapport juridique voulu dont l'existence même produit des effets sur d'autres rapports juridiques qui, à leur tour, sont susceptibles de l'affecter* »¹⁰⁴. La fusion implique la totalité de la société. Elle « *constitue une opération de caractère universel en ce qui concerne les membres et les biens des sociétés*

¹⁰⁰ « Le terme « fusion » n'est pas d'origine juridique. Il a été emprunté pour au vocabulaire de la physique. Dans son sens propre, il désigne le passage d'un corps solide à l'état liquide sous l'action du feu. Sous l'influence de cette force extérieure, l'apparence du corps change mais sa substance n'est pas altérée. Il existe toujours mais sous une autre forme. Au figuré, le mot est de compréhension plus large. Il caractérise l'état de deux ou plusieurs collectivités qui s'unissent pour n'en former qu'une seule. La fusion porte atteinte non seulement à la forme des collectivités mais aussi à leur individualité qui cesse pour l'avenir » : (H. Mestdagh, La fusion des sociétés commerciales, préc, p. 23).

¹⁰¹ À cet effet, M. VAVASSEUR avait souligné que, d'un côté, « *la société nouvelle née de la fusion continuait c'est-à-dire soutenait, en quelque sorte, l'existence des deux sociétés anciennes* » et d'un autre « *la fusion naît pour remplacer deux êtres sociaux* » : (v. R. S., 1892, 267. Il s'agit du procès entre la Régie et la Compagnie Immobilière, cité par H. Mestdagh, préc, p. 24).

¹⁰² La mode des mariages de raison, Le Monde, 15 févr. 1991, p. 29.

¹⁰³ G. Martin, La notion de fusion, préc, n° 4, p. 272.

¹⁰⁴ G. Martin, préface « R. Routier, les fusions de sociétés commerciales », préc.

fusionnantes »¹⁰⁵. Elle risque, en conséquence, de porter atteinte à nombreux intérêts particuliers : intérêts des associés, des salariés et des créanciers sociaux. La fusion entraîne donc de profonds bouleversements aussi aux sociétés candidates qu'à l'égard des tiers. Cela justifie les efforts législatifs effectués en droit français et syrien pour réglementer l'opération. Un droit évolué et un droit affecté par la rigidité imposent cette étude comparative. Des points communs et divergents entre les droits syrien et français doivent faire l'objet d'une étude.

L'étude de la fusion des sociétés commerciales en droits français et syrien s'appuie sur une distinction entre les conditions et les effets de l'opération de fusion. Cette distinction nous montre, dans un premier temps, à quel point le droit syrien est attaché au droit français en matière de champ d'application des lois. Les conditions de la réalisation de la fusion démontrent le degré du rapprochement entre le droit français et le droit syrien. L'alignement du droit syrien sur le droit français nous permet de reprendre les règles nécessaires adoptées en droit français pour combler certains cas auxquels le droit syrien n'a pas apporté de solutions. Le rôle important de la doctrine et de la jurisprudence française dans ce stade de fusion aurait pour vocation d'enrichir le droit syrien. Dans un deuxième temps, cette étude consacre une partie d'autonomie du droit syrien par rapport au droit français quant aux effets de la fusion. L'existence de lacunes législatives en droit syrien en ce qui concerne les effets de la fusion approuve l'idée de l'autonomie. Ce manque du droit syrien nécessite un recours au droit français pour combler ce vide législatif. Ainsi, l'existence de solutions doctrinales et jurisprudentielles en droit français paraît intéressante voire nécessaire pour le droit syrien qui se caractérise par l'absence de celles-ci en la matière. En effet, une comparaison entre les deux droits doit être mise en place.

24. Afin de réaliser cette comparaison, il est essentiel de commencer par l'approche législative qui gouverne les modalités applicables aux fusions. Nous étudierons alors dans la **Première partie**, *l'alignement progressif du droit syrien sur le droit français en matière de modalités applicables aux fusions*, en relevant à la fois le rapprochement inachevé du droit syrien et du droit français quant aux types de fusion, et la convergence assumée des deux droits à propos des conditions applicables aux fusions.

L'objet de notre étude ne saurait être complet sans l'examen de la particularité de chaque système juridique : chacun de ces droits a un espace d'autonomie par rapport à l'autre.

¹⁰⁵ Y. Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, préc, p. 16.

En effet, nous examinerons, dans la **Seconde partie**, *l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français quant aux effets de la fusion*, en distinguant entre les effets de la fusion sur les sociétés parties à l'acte et les effets de l'opération à l'égard des tiers.

PREMIÈRE PARTIE

**L'ALIGNEMENT PROGRESSIF DU DROIT SYRIEN SUR LE DROIT FRANÇAIS
EN MATIÈRE DE MODALITÉS APPLICABLES AUX FUSIONS**

*« La caractérisation d'un montage résulte : - soit d'une interdépendance matérielle des actes qui le constituent (...); - soit d'une interdépendance intellectuelle de ces mêmes actes, à savoir la volonté d'éviter certains effets particulièrement inopportuns auxquels conduirait, en l'absence de nouveaux actes juridiques, l'application du droit; - soit de la réunion de ces deux dépendances ».*¹⁰⁶

¹⁰⁶ J.-P. Dom, Les montages en droit des sociétés (aspects de droit interne), thèse Bordeaux, éd. Joly, 1998, n° 20, p. 14.

25. Le lien existant entre le droit syrien et le droit français s'est exprimé dès l'adoption du Code de commerce syrien en 1949. Progressivement, ce lien a été mis en évidence lors de l'adoption, par le législateur syrien, de la loi n° 3 de 2008 sur les sociétés commerciales qui a été abrogée par la loi n° 29 de 2011. Cette dernière a instauré le nouveau Code des sociétés en 12 février 2011. Vu leur importance en droit des sociétés, le législateur syrien a créé, depuis 2008, un régime juridique propre destiné à régir les opérations de fusion. De son côté, le législateur français a été le premier en adoptant des dispositions particulières applicables aux fusions. À ce stade, plusieurs points en commun attestent l'importance du lien entre le droit syrien et le droit français en matière de fusion des sociétés. Le champ d'application des opérations de fusion en fait le meilleur exemple. À cet égard, on peut constater que, même s'il est inachevé, l'alignement du droit syrien sur le droit français en matière de fusion trouve son originalité dans le rapprochement de ces deux systèmes juridiques sur les types de fusion (**Titre I**).

L'alignement du droit syrien sur le droit français ne s'arrête pas aux types de l'opération envisagée. L'importance de cette approche juridique réside dans les conditions applicables aux opérations de fusion. Si les praticiens syriens n'ont pas montré l'utilité de la mise en œuvre des conditions applicables à la fusion, cela s'explique par leur désordre intellectuel. De ce fait, il nous paraît évident voire nécessaire de mettre en lumière la portée de la convergence du droit syrien et du droit français quant aux conditions qui s'appliquent à l'opération de fusion (**Titre II**).

À partir de ces deux perspectives, l'étude comparative de la fusion des sociétés commerciales entre le régime syrien et le régime français se dévoile dans l'alignement du premier sur le second en matière de modalités applicables aux fusions.

Titre I. Le rapprochement inachevé du droit syrien et du droit français quant aux types de fusion.

Titre II. La convergence assumée du droit syrien et du droit français quant aux conditions applicables aux fusions.

TITRE I. LE RAPPROCHEMENT INACHEVÉ DU DROIT SYRIEN ET DU DROIT FRANÇAIS QUANT AUX TYPES DE FUSION

« Le droit comparé n'est plus simplement un inspireur (...) il devient l'évaluateur des mérites, et même le marché sur lequel un législateur peut placer ses produits d'appel, destinés à conserver ou attirer les entreprises, leur activité, leurs emplois et leurs impôts »¹⁰⁷.

¹⁰⁷ P. Le Cannu, L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Rev. sociétés, 1996, n° 13, p. 492.

26. Dès 2008, le droit syrien commence à se rapprocher du droit français en matière de fusion des sociétés. L'évolution du droit des sociétés syrien a renforcé ce rapprochement avec le Code de commerce français dans le domaine de la fusion, principalement dans l'adoption des modalités de fusion. La présence de ces modalités, depuis 1966, en droit des sociétés français revêt à celui-ci un caractère distinctif en la matière.

En effet, pour faciliter le rapprochement entre les sociétés désirant concrétiser leur volonté de restructurer, le Code de commerce français propose aux sociétés candidates à l'opération des modalités ou des techniques leur permettant la réalisation de la fusion (**Chapitre I**). Sur ce stade, l'originalité de cette idée juridique a séduit d'emblée le législateur syrien et a invité à l'innovation. Dès lors, celui-ci veut suivre le chemin de réforme législatif et met en place les mêmes techniques adoptées dans le Code de commerce français. Il est bien évident que cet effort législatif est le résultat de l'importance du droit français comme référence alternative pour le droit syrien en la matière (**Chapitre II**).

Chapitre I. L'originalité des techniques de restructuration proposées en droit français.

Chapitre II. L'insuffisance des techniques de restructuration adoptées en droit syrien : l'importance du droit français comme référence alternative.

CHAPITRE I. L'ORIGINALITÉ DES TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION PROPOSÉES EN DROIT FRANÇAIS

27. Il est évident que la fusion traduit le désir et la volonté des entreprises de se regrouper et de se concentrer ; la fusion est le résultat d'une réunion de moyens et de compétences. Cette technique se présente comme une référence des opérations de concentration dans le fait qu'elle réunit deux personnes morales distinctes. Autrement dit, l'opération de fusion est un mariage ; la première étape répond à la période de séduction, alors que la deuxième correspond à la rédaction du contrat de mariage¹⁰⁸.

Par voie de conséquence, la fusion illustre l'opération originale de restructuration car elle comprend au moins deux sociétés, l'une disparaît et transmet son patrimoine à l'autre, ou bien toutes deux réunissent leur patrimoine pour le transférer à une nouvelle société qu'elles constituent. Il en résulte que le législateur a consacré deux procédés de fusion qui concrétisent l'originalité du droit français (**Section I**).

Toutefois, la fusion n'est pas l'unique procédé qui permet de modifier la structure de l'entreprise. D'autres moyens peuvent répondre à des préoccupations spécifiques et qui diffèrent des effets occasionnés par la fusion. En effet, l'existence d'autres techniques de restructuration telles que la scission, l'apport partiel d'actif et la confusion du patrimoine, font, à côté de la fusion, illustration de l'originalité du droit français (**Section II**).

¹⁰⁸ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, Droit des sociétés, 27^e éd. Litec, 2014, n° 1460 et s., p. 721 et s.

Section I. La consécration législative de différents types de fusion

28. La fusion est définie, dans la loi¹⁰⁹, comme une technique permettant l'absorption, et donc la disparition, d'une société au profit d'une autre société ou d'une nouvelle entité juridique. Les dispositions relatives à la fusion décrivent un moyen de concentration qui est applicable aussi bien dans le cas où une société absorbe une autre que dans le cas où deux sociétés décident de « se marier » pour créer une nouvelle société¹¹⁰. Or, la fusion illustre deux modalités envisagées par le législateur français et qui sont appliquées sur le terrain (§I). Ainsi, ces techniques sont affirmées ultérieurement par le législateur européen (§II).

§I. Les formes de fusion appliquées : mode d'originalité du droit français

29. Les dispositions du droit français relatives aux fusions peuvent être appliquées dans deux hypothèses : la première réside dans le cas où l'une des sociétés parties absorbe l'autre qui disparaît, soit la fusion-absorption **(A.)**. La deuxième se réalise lorsque toutes les sociétés participantes disparaissent au profit d'une société nouvelle, soit la fusion par création d'une société nouvelle **(B.)**.

A. De l'importance de la consécration de la fusion-absorption

30. La fusion-absorption est la technique la plus couramment utilisée en pratique. Ce procédé suppose l'existence d'une société absorbante qui absorbe une ou plusieurs autres sociétés de sorte que ces sociétés n'en forment qu'une seule¹¹¹. Cette forme de fusion n'est concevable que lorsqu'une ou plusieurs sociétés sont absorbées par une société bénéficiaire. Ainsi, Monsieur Richard ROUTIER a défini la fusion par absorption : « *le patrimoine d'une société vient fondre au patrimoine de l'autre : la société absorbée est dissoute et ses actionnaires reçoivent en contrepartie des titres de la société absorbante. Cette dernière, doit*

¹⁰⁹ L'article L. 236-1, C. com et l'article 1844-4, C. civ.

¹¹⁰ Faut-il remettre en question la pratique actuelle de la comptabilisation des fusions ? Bulletin Joly Sociétés, 1^{er} nov. 1995, n° 11, p. 933.

¹¹¹ L. Malka, Droit des sociétés, petites affiches, 2009, n° 142, p. 4.

procéder à une augmentation de son capital à concurrence du patrimoine apporté »¹¹².

Il en découle que cette modalité de fusion s'appuie sur des fondements qui expliquent sa légitimité (1°) et dont on peut tirer les conséquences (2°).

1° Les fondements

31. Le fondement juridique est tout simplement la règle de droit. À cette règle on doit se référer pour légitimer une telle opération ou lui donner naissance. En la matière, l'opération de fusion doit trouver son explication dans un texte juridique. Le législateur français a soigneusement consacré ses efforts à la fusion-absorption, comme forme de fusion, en envisageant deux dispositions. En premier lieu, dans son article 1844-4, le Code civil prévoit « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ». Cet article a, donc, vocation de s'appliquer sur toute opération impliquant une société absorbante et une société absorbée en leur qualité de cocontractants aux fusions.

32. Par ailleurs, le Code de commerce a énoncé dans son article L. 236-1 que la fusion se fait lorsque « une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ». Ce texte affirme la fusion-absorption, prévue par la disposition civile, comme une technique à laquelle recourent les sociétés désirant participer aux fusions. De même, la jurisprudence a participé à l'affirmation de ce procédé dans les opérations de fusion. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé le 28 janvier 1946 que « le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société nouvelle »¹¹³.

¹¹² R. Routier, Les fusions des sociétés commerciales, préc, n° 3, p. 4.

¹¹³ Cass. com., 28 janvier 1946, Dalloz 1946, II, p. 168.

2° Les conséquences

33. La fusion-absorption a des conséquences importantes aussi bien sur les sociétés participantes que sur les associés. Les effets occasionnés par cette technique seront examinés d'une manière plus détaillée dans la deuxième partie de notre étude. Néanmoins, cela ne nous empêche pas de mettre rapidement en lumière les points essentiels.

Premièrement, la fusion par absorption a des conséquences remarquables sur les sociétés participant à l'opération. Pour la société absorbante, l'opération peut être traduite par une augmentation de capital par apport du patrimoine de la société absorbée. De ce fait, l'absorbante doit apporter des modifications à ses statuts. Ainsi, suite à cette augmentation de capital, l'absorbante doit émettre de nouvelles parts sociales pour rémunérer les apports qui lui sont transmis par les associés de la ou des sociétés absorbées. En plus, ce procédé se caractérise par le maintien de la personnalité morale de l'absorbante¹¹⁴. En effet, la personnalité morale de la société absorbante n'est plus affectée par la fusion, même si cette dernière s'accompagne de modifications statutaires telles que la modification de la dénomination sociale et l'extension de l'objet social¹¹⁵. D'autre part, l'absorbante peut bénéficier d'un régime fiscal spécial surtout en ce qui concerne les amortissements des biens apportés à cette société et les plus-values constatées dans l'absorbée du fait de la fusion.

34. Ensuite, pour la société absorbée, la fusion-absorption se traduit par une dissolution sans liquidation de cette dernière, ainsi que la transmission de l'intégralité de son patrimoine au profit de la société absorbante. Cette dissolution n'est donc pas accompagnée de la liquidation de la société qui disparaît. Pour la Haute juridiction, la transmission à titre universel du patrimoine au profit de l'absorbante est indissociable de la dissolution de l'absorbée et ne peut être effectuée tant que cette dernière n'est pas encore dissoute¹¹⁶.

En ce qui concerne les associés, la fusion par absorption entraîne des conséquences essentielles à l'égard des associés de l'absorbée. Ceux derniers deviennent, du fait de la fusion, des associés ou actionnaires de la société absorbante. Ceux-ci ont de plein droit la qualité d'associé de la société absorbante. À défaut, l'opération de fusion-absorption ne

¹¹⁴ Y. Guyon, Droit des affaires, éd. Economica 2003, n° 627, p. 680.

¹¹⁵ Com., 27 octobre 1980, Bull. civ. IV, n° 346.

¹¹⁶ Cass. com., 12 juillet 2004, Bull. 2004, IV, n° 161, p. 174.

constitue pas un apport effectué par la société absorbée au profit de la société absorbante¹¹⁷.

Le choix d'une fusion-absorption comme technique de fusion ne concerne pas seulement celle-ci. Le législateur a mis en œuvre un autre procédé permettant aux sociétés intéressées de se concentrer : c'est la fusion par création d'une société nouvelle.

B. De la nécessité de l'existence de la fusion par création d'une société nouvelle

35. Dans ce procédé de concentration, la fusion suppose que les sociétés en cause disparaissent et transmettent leur patrimoine à une société nouvelle créée à cet effet. Donc, les sociétés objet de la fusion se réunissent afin de créer une société nouvelle qui les remplace¹¹⁸. Par voie de conséquence, cette nouvelle société doit être constituée conformément aux règles imposées pour la constitution de la structure juridique choisie¹¹⁹.

En dépit des avantages que présente cette technique de fusion, elle souffre des inconvénients **(1°)**, ce qui la diffère de la fusion-absorption **(2°)**.

1° Les caractéristiques : avantages et inconvénients

36. Comme dans la fusion par absorption, la fusion par création de société nouvelle entraîne la disparition sans liquidation des sociétés qui fusionnent ainsi que le transfert de l'ensemble de leur patrimoine à la nouvelle société. Ce type de fusion est prévu par le législateur français dans les articles 1844-4 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce. Les deux dispositions s'appliquent aux opérations impliquant deux sociétés préexistantes qui se fondent pour donner naissance à une nouvelle société. En effet, les sociétés intéressées perdent leur personnalité morale au profit d'une nouvelle structure qu'elles constituent. Ainsi, la transmission du patrimoine des sociétés dissoutes à la société nouvelle se réalise moyennant

¹¹⁷ Dans ce sens, voir Cass. com., 9 novembre 2010 : Dr. Sociétés 2011, comm. I, obs. Coquelet ; Bull. Joly Sociétés 2011, p. 122, note Le cannu.

¹¹⁸ Voir Y. Guyon, Droit des affaires, préc, n° 637, p. 692.

¹¹⁹ V. art. 1844-4, ali. 5(C.civ.) du Code civil.

l'attribution aux actionnaires des premières des actions de la seconde. De ce fait, les associés des sociétés apporteurs du patrimoine deviennent automatiquement des associés de la société réceptrice.

Néanmoins, cette forme de fusion est très peu utilisée en pratique en raison de son coût fiscal. Elle implique une difficulté supplémentaire qui réside dans le fait de procéder aux formalités de création d'une nouvelle société. De fait, il faut des frais supplémentaires correspondant à l'immatriculation de la nouvelle société au Registre de commerce et des sociétés. Ce qui explique que la figure « se révèle désuète en pratique puisque que les fusions par création de sociétés nouvelles sont extrêmement rares pour ne pas dire inexistantes en pratique »¹²⁰. La constitution d'une nouvelle société entraîne donc l'exigibilité des droits d'enregistrement sur les apports effectués par toutes les sociétés participant aux fusions. Par ailleurs, comme chaque fois qu'il y a dissolution, la fusion par création de société nouvelle risque d'entraîner les pertes de clientèle inhérente à une cession d'entreprise¹²¹.

2° L'appréciation par rapport à la fusion par absorption

37. A priori, il faut souligner que les deux formes de fusion entraînent la dissolution sans liquidation des sociétés en cause et le transfert de l'intégralité du patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution à leurs associés de droits sociaux au sein de la société bénéficiaire de l'opération. Toutefois, la fusion par absorption a pour effet de faire disparaître la personne morale de l'absorbée de la scène juridique et de maintenir celle de l'absorbante. Il y a donc une personne morale qui disparaît au profit d'une autre qui maintient toujours son existence juridique. Quant à la fusion par création d'une société nouvelle, les deux sociétés objet de la fusion se fondent totalement pour donner naissance à une nouvelle société qui n'existait pas avant l'opération envisagée. Il en résulte que la fusion par absorption ne risque pas de perdre la clientèle inhérente à la cession d'une entreprise comme cela est envisageable pour la fusion par création d'une société nouvelle.

¹²⁰ A. Bonnasse, Fusions-scissions- principes généraux, JurisClasseur Sociétés traité, Fasc. 161-10, n° 58, cité par J. Koch, Les fusions des sociétés en difficulté, mémoire soutenu à l'Université Paris I, sous la direction de M. Menjucq, 2012, p. 5.

¹²¹ Y. Guyon, Droit des affaires, préc, n° 637, p. 693.

D'autre part, la distinction principale entre la fusion par création d'une société nouvelle et la fusion par absorption est considérablement remarquée dans l'hypothèse de prise d'effet de la fusion. L'opération de fusion prend son effet à partir de la détermination de la date de fusion. Conformément aux termes de l'article L. 236-4 du Code de commerce, la fusion par création d'une société nouvelle prend effet à partir de la date de l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés de la société nouvelle. Quant à la fusion par absorption, elle prend effet au jour de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération sauf si le traité de fusion prévoit une autre date.

§II.L'intervention du droit européen en matière de formes de fusion : source de richesse du droit français

38. Lorsqu'une des sociétés parties aux opérations de fusion relève de nationalité différente, la réalisation d'une telle opération exige un régime propre destiné à mettre en œuvre des règles particulières régissant cette fusion transfrontalière. Le législateur européen a franchi un pas décisif et est intervenu afin de rapprocher les législations des États membres sur les fusions transfrontalières. La directive n° 2005/ 56 CE du Parlement européen et du Conseil du 26 octobre 2005 sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux a répondu à cette attente en adoptant des règles propres à la fusion transfrontalière¹²².

Pour ce faire, le texte européen a consacré deux techniques de fusion qui peuvent faciliter la réalisation des opérations de fusion transfrontalière **(A.)**, ce qui permet de réaliser une harmonisation entre les droits des États membres de l'Union européenne en adoptant ces règles par leurs législations internes **(B.)**.

A. L'adoption d'une définition détaillée des techniques de fusion

39. La directive (C.E) n° 2005/ 56 était attendue pour lever les obstacles liés à la réalisation des fusions transfrontalières¹²³. Elle a effectué des apports qui répondent aux

¹²² Cette directive est publiée dans le Journal officiel de l'Union européenne L 310/3 du 25.11.2005.

¹²³ M. Menjucq, Les fusions transfrontalières, Colloque du 2 juin 2008, Chambre de commerce et d'industrie de

ambitions des différents membres de l'Union européen dans le but d'assurer le bon fonctionnement et l'achèvement du marché intérieur¹²⁴. Un des apports principaux de cette directive est la définition des techniques de fusion. Grâce au texte européen, la fusion transfrontalière s'opère par deux procédés : la fusion par absorption et la fusion avec création d'une société nouvelle.

Quant à la première forme de fusion, dans son article 2, paragraphe 2, la directive 2005/56/CE explique que l'opération de fusion transfrontalière se réalise par la transmission à titre universel du patrimoine actif et passif de la ou des sociétés absorbées au profit d'une société préexistante, la société absorbante¹²⁵. Pour la deuxième technique, la fusion transfrontalière peut se faire par le transfert de l'intégralité du patrimoine actif et passif de la ou des sociétés apporteuse à une société qu'elles constituent, la nouvelle société¹²⁶.

Ainsi, dans les deux types de fusion, la transmission du patrimoine s'effectue moyennant l'attribution aux associés de la société qui disparaît des titres et des parts sociaux au sein de la société bénéficiaire de l'opération. Autrement dit, les associés ou actionnaires de la société apporteuse deviennent de plein droit associés ou actionnaires de la société réceptrice du patrimoine. De plus, la directive (C.E) n° 2005/56 explique que l'opération de fusion entraîne la dissolution sans liquidation de la ou des sociétés absorbées ou des sociétés amenées à disparaître.

B. La transposition du texte européen par les législations nationales des Etats membres

40. A priori, le système juridique d'un pays est composé d'une hiérarchie des normes qui forment une pyramide : la norme juridique supérieure s'impose à la norme de niveau inférieure. En France, on constate que la Constitution¹²⁷ se trouve au sommet de cette pyramide, ensuite les traités et accords internationaux, s'y ajoutent les normes de droit

Paris, Rev. Lamy Droit des Affaires 2009, n° 37 ; du même auteur, voir aussi Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, RLDA, mai 2006, n° 228.

¹²⁴ Fusions transfrontalières, Rev. Lamy Droit des Affaires, 2006, ° 2.

¹²⁵ Voir l'alinéa a du 2^e paragraphe de l'article 2 de la directive (C.E.) n° 2005/56 du 26 octobre 2005.

¹²⁶ Article 2, 2, b de la directive 2005/56/CE.

¹²⁷ Le Conseil d'Etat a affirmé, par son assemblée, le principe de la supériorité de la Constitution, dans son arrêt, Sarran et Levacher, du 30 octobre 1998, en rappelant que « la suprématie conférée par l'article 55 aux engagements internationaux ne s'applique pas dans l'ordre interne aux dispositions de nature constitutionnelle ».

européen qui ont une primauté sur la loi nationale¹²⁸. Les normes européennes comprennent les règlements, les décisions et les directives. Il en découle que la directive européenne a une autorité supérieure à la loi française. A été jugé, par application de l'article 88-1 de la Constitution, que la transposition d'une directive européenne constitue une obligation communautaire aussi bien que constitutionnelle tant que la transposition n'est pas incompatible avec une règle ou un principe constitutionnel¹²⁹. Les États membres sont obligés de transposer la directive européenne dans leur droit interne. La directive européenne doit donc faire l'objet d'une transposition par les législations nationales des membres de la communauté dans les délais prévus par celle-ci¹³⁰.

41. Dans notre étude, la dixième directive n° 2005/ 56 CE devrait faire l'objet d'une transposition dans chaque État fait partie de l'Union européen au plus tard le 15 décembre 2007¹³¹. La France a pris un retard, même si certains États ont respecté ce délai¹³², en transposant cette directive par l'adoption de la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire¹³³ et de décret n° 2009-11 du 5 janvier 2009 qui vient finaliser la transposition effectuée par le législateur¹³⁴. La loi du 3 juillet 2008 a introduit dans le Code de commerce l'article L. 236-25 qui a repris les techniques de fusion transfrontalière en faisant référence au paragraphe 1 de l'article 2 de la directive n° 2005/56/CE qui précise que la fusion transfrontalière se réalise soit par voie d'absorption soit par voie de constitution d'une société nouvelle. Aussi, ces deux procédés sont mentionnés dans l'article L. 236-31 du Code de commerce¹³⁵ qui précise la prise d'effet de l'opération de fusion transfrontalière.

¹²⁸ Voir la hiérarchie des normes sur le site www.legisfrance.gouv.fr/droit-francais/hiérarchie_des_normes/différentes_normes.

¹²⁹ Con. Cons., n° 2006-543 DC du 30 nov. 2006 ; voir aussi la décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2004 qui précise que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ».

¹³⁰ M. Menjucq, Droit international et européen des sociétés, Lextenso, 3^e éd. 2011, n° 322, p. 353.

¹³¹ Voir l'article 19 de la directive 2005/ 56/ CE.

¹³² Surtout l'Allemagne, l'Autriche, le Royaume-Uni et le Danemark.

¹³³ H. Le Nabsaque, Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008, Rev. Soc. 2008, p. 493 et s. ; A. Lecourt, La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovation et espoirs déçus, Bull. Joly 2008, p. 806 et s.

¹³⁴ Actualité Droit et Fusions Acquisitions, Décret relatif aux fusions transfrontalières, 28 avril 2009, disponible sur le site www.salondesfusionsacquisitions.com.

¹³⁵ Voir A. Guengant, Fusions transfrontalières : transposition de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2006, LexisNexis, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31, 31 juillet 2008.

42. Conclusion de la section I. Il a été expliqué que le droit français a traité la question de paramètres de fusion quant aux modes de cette opération. Deux procédés de fusion sont appliqués en droit français : la fusion par absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Ces deux techniques de fusion sont adoptées par le législateur français dans les articles 1844-4 du Code civil et L. 236-1 du Code de commerce. Elles ont été également prévues en droit européen dans la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 relative à la fusion transfrontalière. Le deuxième paragraphe de l'article 2 de la directive a mis en place une définition détaillée de ces procédés. Dans les deux formes de fusion, une ou plusieurs sociétés disparaissent et transmettent leur patrimoine à une société bénéficiaire de l'opération. Mais l'usage de la fusion par absorption est plus fréquent en pratique dans la mesure où la fusion par création d'une société nouvelle exige des frais supplémentaires liés à l'immatriculation de la nouvelle société au Registre du commerce et des sociétés.

Néanmoins, on doit rappeler que la dixième directive sur la fusion transfrontalière ne vise que les opérations de fusion : les opérations de scission et d'apport partiel d'actif sont exclues de son champ d'application¹³⁶. En revanche, ces opérations sont prises en compte par le législateur français qui concrétise l'originalité de ces procédés de restructuration.

¹³⁶ I. Macelhone et Q. Lagier, *Mise en œuvre de la directive sur les fusions transfrontalières en Europe*, Fusions et Acquisitions Magazine, 2008, disponible sur le site <http://www.fusions-acquisitions.fr> ; voir aussi A. Guengant, *Fusions transfrontalières : transposition de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2006*, LexisNexis, préc.

Section II. La consécration de l'originalité des procédés de restructuration

43. À côté de la fusion, il existe des opérations qui ont pour objet de rapprocher les entreprises pour faire face à leurs concurrents, ainsi que pour affronter l'évolution de la vie économique. Le terme de rapprochement d'entreprises est également utilisé en France. Mais, depuis la fin des années 1980, le droit de la concurrence utilise un autre terme que le rapprochement, celui de concentration. Aujourd'hui, le terme de concentration est plus précis que celui de rapprochement d'entreprises¹³⁷. Par voie de conséquence, il est nécessaire de s'interroger sur les opérations assimilées telles que la scission, l'apport partiel d'actifs et la confusion de patrimoine. L'existence de ces procédés de restructuration fait exemple d'une consécration législative du droit français par rapport au droit syrien.

C'est vrai que la fusion représente le phénomène de concentration le plus essentiel car il entraîne la réalisation totale d'une concentration de sociétés. Cependant, d'autres opérations viennent s'ajouter pour concrétiser le phénomène de concentration. En effet, en raison de leur ressemblance, le champ d'application de la fusion peut recevoir application aux autres opérations assimilées (§I.). Mais, la fusion fait une preuve d'évolution par rapport à ces opérations quant à la simplification de sa réalisation en pratique (§II.).

§I. Le champ d'application de la fusion aux opérations de restructuration

44. Les procédés de restructuration visent la croissance d'entreprise ainsi que son adaptation à une situation économique défavorable. La fusion n'est pas le seul moyen qui a pour objectif de rapprocher les entreprises. Les dirigeants sociaux choisissent en fonction des circonstances la technique qui leur paraissent la plus favorable¹³⁸ et qui répondent à la situation qui les affronte en pratique. Or, d'autres opérations similaires qui ont le même objectif que la fusion viennent se présenter : la scission (**A.**), l'apport partiel d'actif (**B.**), la confusion de patrimoine (**C.**). Ces opérations peuvent être soumises au régime de la fusion ou à un régime similaire.

¹³⁷ J.-M. Ambrosi, J.-M. Loncle et J.-Y. Trochon, *Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises*, EFE, 2010, n° 2, p. 7.

¹³⁸ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *préc.*, n° 1451, p. 717.

A. La scission : illustration du principe de la transmission universelle du patrimoine

45. Contrairement à la fusion, la scission est considérée comme un type de déconcentration. Toutefois, elle est envisagée dans les opérations de rapprochement d'entreprises pour permettre le transfert d'activité entre les groupes des sociétés ou la constitution de sociétés commerciales. En droit français, la scission peut être définie comme l'opération par laquelle le patrimoine d'une société scindée est partagé en plusieurs fractions transférées à plusieurs sociétés existante ou nouvelles¹³⁹. En 2001, Eridania Beghin-Say a décidé de scinder ses activités en laissant la place à quatre sociétés totalement distinctes : Beghin-Say, Cereol, Cerestar et Provimi¹⁴⁰. Cette opération de scission a pour effet de faire disparaître une société au profit des autres. Elle repose donc sur le principe de transfert à titre universel de patrimoine de la société disparue.

46. La scission présente les mêmes caractéristiques que la fusion. La scission se caractérise par la dissolution sans liquidation de la société scindée¹⁴¹. Comme en matière de fusion, la société scindée est amenée à disparaître du fait de l'opération de scission¹⁴². Celle-ci transmet la totalité de son patrimoine actif et passif aux sociétés bénéficiaires dont chacune se trouve, pour la fraction qu'elle reçoit, dans la situation de la société absorbante. L'opération de scission est donc un moyen de transfert universel du patrimoine. En outre, les associés de la société scindée reçoivent, en échange de leurs droits sociaux, des parts proportionnellement à leurs droits dans le capital¹⁴³. Autrement dit, les actionnaires ou associés de la société scindée deviennent actionnaires ou associés de la ou des sociétés issues de la scission.

Lorsque la scission est réalisée au profit des sociétés existantes, ces dernières vont procéder à l'augmentation de leur capital suite à la réception de l'apport qui leur est transmis

¹³⁹ Article L. 236-1-2 du Code de commerce ; v. aussi la directive 82/891/CEE du Conseil du 17 décembre 1982, art. 2 -1 «Au sens de la présente directive, est considérée comme scission par absorption l'opération par laquelle, par suite de sa dissolution sans liquidation, une société transfère à plusieurs sociétés l'ensemble de son patrimoine, activement et passivement, moyennant l'attribution aux actionnaires de la société scindée d'actions des sociétés bénéficiaires des apports résultant de la scission, ci-après dénommées (sociétés bénéficiaires)..... ».

¹⁴⁰ Voir le rapport de commissaire aux comptes du 10 mai 2001 sur la scission de Eridania Befhin-Say en quatre sociétés, disponible sur le site www.vernimment.net/ftp/scission.pdf.

¹⁴¹ J.-M. Moulin, *Droit des sociétés et de des groupes*, Lextenso, 2^e éd. 2011, n° 900, p. 458.

¹⁴² M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *préc*, n° 1526, p. 750.

¹⁴³ E. Maloïsele, *La scission partielle : cadre juridique et fiscal*, mémoire soutenue à l'université Paris I, 2012, p. 6.

par la société scindée¹⁴⁴. Si la scission est effectuée par création des sociétés nouvelles, il n'y aura pas un moyen d'augmenter le capital des sociétés bénéficiaires, parce que ces sociétés seront créées du fait de l'opération de scission. C'est-à-dire, elles n'existaient pas avant de mettre en œuvre l'opération envisagée. Ces deux formes de transmission du patrimoine sont aussi affirmées par les dispositions du Code civil et du Code de commerce. L'article 1844-4 du Code civil précise que la société « peut transmettre son patrimoine par voie de scission à des sociétés existantes ou à des sociétés nouvelles ». L'article L. 236-1 du Code de commerce, applicable à la fusion, confirme que la société « peut aussi, par voie de scission, transmettre son patrimoine à plusieurs sociétés existantes ou à plusieurs sociétés nouvelles »¹⁴⁵.

47. Il en résulte que la dissolution d'une société peut s'accompagner du transfert de l'ensemble actif et passif du patrimoine de la société objet de l'opération de restructuration¹⁴⁶ ; ici, la société scindée. Cette dissolution n'est pas suivie d'une liquidation de la société qui se scinde. Par conséquent, l'opération de scission illustre bien le principe de transmission universelle du patrimoine qui caractérise l'opération de fusion. Ce principe appliqué aux opérations de scission a été aussi énoncé par le Tribunal de grande instance de Nanterre dans sa décision, dans l'affaire Sanpas et Xav, du 18 mai 2010¹⁴⁷. À son tour, la Cour d'appel de Versailles a confirmé, dans la même affaire, ce principe en expliquant que « la scission comme la fusion emporte de plein droit la transmission universelle du patrimoine »¹⁴⁸. La scission est donc « *très proche de la fusion bien qu'elle soit théoriquement son contraire* »¹⁴⁹. En effet, les deux procédés illustrent bien le principe de transmission universelle de patrimoine¹⁵⁰.

¹⁴⁴ A. Albortchire, Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission des sociétés commerciales, préc, n° 14, p. 16.

¹⁴⁵ Le Code de commerce renforce le lien existant entre la fusion et la scission lorsqu'il adopte des dispositions communes applicables à la fusion et à la scission dans le chapitre VI du titre III.

¹⁴⁶ R. Raffary, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz 2011, n° 27, p. 27.

¹⁴⁷ v. TGI Nanterre, 18 mai 2010, RG n° 07/ 14173, SCI Sanpas, c/ société SAV, SARL La Malice, Société Jany, qui a énoncé que « le principe de la transmission universelle du patrimoine de la société cédée au profit des sociétés nouvelles par l'effet de la scission de la société initiale impose d'appliquer ces dispositions (les dispositions de l'article L. 236-22 du Code de commerce) à l'hypothèse de la scission d'une société avec apport de l'ensemble de ses actifs et passifs à des sociétés nouvelles » ; voir également A. Reygrobellet, La scission s'impose aussi au bailleur, Dalloz, Rev. sociétés 2011, p. 556.

¹⁴⁸ CA Versailles, 12^e ch. sec. 2, 22 septembre 2011, n° 10/ 04401, SCI Sanpas, c/ SARL Xav et a, note G. Cavalier, Bail commercial, transmission en cas de scission et évaluation du préjudice de jouissance : entre approbation et scepticisme, Bull. Joly Sociétés, 2012, n° 1, p. 47.

¹⁴⁹ Voir C. Champaud, Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions, thèse 1962, Sirey, n° 232.

¹⁵⁰ Mais cette ressemblance ne résume pas les deux techniques. Les opérations de fusion et de scission

Evidemment, la dissolution de la société scindée se traduit forcément par la disparition de celle-ci. Si la société scindée ne disparaît pas après l'opération envisagée, cette dernière revêt la nature d'un apport partiel d'actif. Cependant, ce dernier peut être soumis au régime de scission. Dans ce cas, il peut se rapprocher avec la fusion et être par conséquent soumis au régime de fusion.

B. L'apport partiel d'actif : la possibilité de soumettre l'apport partiel d'actif au régime de scission

48. Le Code de commerce ne contient pas de définition précise de l'opération de l'apport partiel d'actif. Mais ce dernier peut être défini comme l'opération par laquelle une société apporte à une société préexistante ou nouvelle une partie de ses éléments d'actif et reçoit en échange des titres représentatifs la société bénéficiaire de l'apport¹⁵¹. En effet, cette technique entraîne l'augmentation de capital de la société bénéficiaire de l'apport. Cette opération est souvent utilisée pour constituer des filiales communes¹⁵². Les deux groupes, au lieu de se concurrencer dans une branche d'activité, unissent leurs efforts pour faire apport à la filiale du segment mis en commun¹⁵³. Ainsi, la filialisation permet à la société

impliquent l'affectation de la personnalité juridique d'au moins une société partie à ces opérations. Elles entraînent la dissolution sans liquidation de cette société, ainsi que la transmission universelle de son patrimoine à la société bénéficiaire de l'apport. Néanmoins, ce rapprochement n'empêche pas de faire apparaître une distinction entre les deux opérations. L'opération de scission doit être effectuée au profit d'au moins deux sociétés ; à défaut, l'opération tombe dans les paramètres de fusion. En d'autres termes, la scission ne peut pas se réaliser lorsqu'une des sociétés participant est la seule bénéficiaire de l'apport. S'il est le cas, une telle opération prend le caractère de fusion. En plus, dans la scission de création des sociétés nouvelles, l'opération suppose l'existence d'une seule société se scinde par une décision de son assemblée générale extraordinaire sans la volonté d'une autre société. Dans cette hypothèse, la scission est considérée comme un acte de volonté unilatérale de la société scindée (L. Retail, Fusions et scissions de sociétés : étude juridique, financière et fiscale, Sirey, 4^e éd. 1968, p. 4.). En effet, le contrat peut être conclu même en l'absence des négociations et des pourparlers caractérisant les opérations de fusion. Par ailleurs, la grande différence entre la fusion et la scission réside dans le cas où cette dernière permet à l'entreprise de céder une branche de ses activités, alors que la fusion permet de concentrer des sociétés. C'est-à-dire, la scission est un procédé de déconcentration économique (R. Raffary, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, préc., n° 220, p. 180.) : elle entraîne la division du patrimoine de la société en cause au profit des sociétés réceptrices. La société bénéficiaire reçoit un fragment du patrimoine de la société intéressée. Il représente l'actif et le passif d'une ou plusieurs branches d'activités (M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc., n° 1527, p. 751.). En revanche, la fusion est une technique de concentration des entreprises ayant pour effet de transmettre l'universalité du patrimoine, sans division, à la société bénéficiaire de l'opération. L'intégralité du patrimoine actif et passif est donc transmise sans aucune division à la société réceptrice de l'apport.

¹⁵¹ Voir M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc., n° 1515, p. 744 ; M. Chadeaux, préc., p. 426 ; J.-M. Moulin, préc., n° 909, p. 460 ; Y. Guyon, préc., n° 638, p. 693.

¹⁵² J.-M. Moulin, préc., n° 909, p. 461.

¹⁵³ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, préc., n° 1517, p. 746.

d'abandonner son activité et de jouer le rôle de la société holding¹⁵⁴. L'apport partiel d'actif a vocation à filialiser certaines branches d'activités. L'apport partiel d'actif permet également de regrouper des segments au sein d'une société. Lorsque cette dernière détient deux branches d'activités identiques, elle peut envisager le regroupement de ces deux segments dans une seule filiale¹⁵⁵.

49. Les dirigeants sociaux peuvent décider de placer l'opération d'apport partiel d'actif sous le régime des scissions. Ils préfèrent le recours à l'apport partiel d'actif soumis au régime des scissions plutôt qu'une cession d'une branche activité¹⁵⁶. Dans cette dernière technique, le droit commun des apports trouve une application¹⁵⁷. De ce fait, les formalités prévues par l'article 1690 du Code civil devront être respectées pour le transfert des créances, ainsi que la transmission de passif requiert l'autorisation des créanciers concernés¹⁵⁸. Pour ces raisons, les contractants optent pour placer l'apport partiel d'actif sous le régime juridique des scissions. Le bénéfice de transmission universelle du patrimoine attachée à l'apport partiel d'actif résulte de l'arrêt du principe du 16 février 1988¹⁵⁹. La Code de commerce a consacré cette faculté. Au regard des dispositions de l'article L. 236-22 du Code de commerce, « La société qui apporte une partie de son actif à une autre société et la société qui bénéficie de cet apport peuvent décider d'un commun accord de soumettre l'opération aux dispositions des articles L. 236-16 à L. 236-21 ».

Il en ressort que le recours à ce dernier procédé peut permettre aux sociétés concernées de transférer l'ensemble des éléments actifs et passifs attachés à l'activité apportée¹⁶⁰. Cela revient à dire que le fait de placer l'apport partiel d'actif sous le régime de scission implique aussi indirectement l'application du régime de fusion, notamment l'intervention du

¹⁵⁴ Ch. Henri, Généralités sur l'apport partiel d'actif, Droit des sociétés, article disponible sur le site www.incepto.fr.

¹⁵⁵ Ch. Henri, préc.

¹⁵⁶ A. Hugot, Apports d'actifs : opter ou non pour la transmission universelle du patrimoine, dossier publié sur Option Finance, la lettre des fusions-acquisitions et du private equity, lunid 24 octobre 2011, p. 4.

¹⁵⁷ CA Paris, 27 février 1992 : JCP E, 1992, I, p. 172, n° 5, note A. Viandier et J.-J. Caussain ; Cass. com., 15 mars 1994, note M. Luby : Bull. Joly Sociétés, 1994, p. 637, § 179 ; CA Versailles, 12^e ch. 3 octobre 1996, JCP E 1996, n° 1238, p. 11, Gaz. Pal. 1997, n° 1, p. 224, voir aussi Lamyline, SARL : l'application du régime de la scission à l'apport partiel d'actif, Rev. Loyers 2003, n° 839.

¹⁵⁸ V. Th. Urlacher, Apport partiel d'actif : option implicite pour le régime des scissions, Bull. Joly Sociétés, 1 nov. 2009, n° 11, p. 992.

¹⁵⁹ Cass. com., 16 fév. 1988, JCP E 1988, I, 15177, note Caussain et Viandier, cité par R. Marty, Restructuration de sociétés, transmission universelle du patrimoine et droit du cautionnement, RFC 1999, n° 312, p. 73, voir aussi A. Couret et Ch. Blondeau, Le mécanisme de transmission universelle et ses limites, dossier publié sur Option Finance, la lettre des fusions-acquisitions et du private equity, préc, p. 5.

¹⁶⁰ V. Cass. com., 4 fév. 2004 : Bull. Joly Sociétés 2004, p. 649, obs. P. Le Cannu ; Cass. com., 23 juin 2004 : JCP E 2004, p. 1774, obs. A. Viandier ; Cass. 3^e civ, 30 avril 2003 : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 913, note M.-L. Coquelet.

commissaire à « l'apport partiel d'actif », l'approbation de l'opération par l'AGE, l'exclusion des formalités exigées par l'article 1690 du Code civil¹⁶¹, la consultation des créanciers obligataires¹⁶² et l'ouverture d'un droit d'opposition aux créanciers non obligataires¹⁶³.

50. La Haute juridiction est allée plus loin : elle n'exige pas que les sociétés participant aient explicitement visé le mécanisme de scission. Elle admet au contraire une option implicite pour le régime des scissions si l'intention des sociétés parties peut être déduite des termes du traité d'apport¹⁶⁴. De même, la Cour Suprême a souligné que la transmission universelle d'une branche complète d'activité ne suppose pas une description des éléments composant du patrimoine transmis¹⁶⁵. La doctrine a critiqué cette solution : il y aura un risque pour les tiers à l'opération quant à la détermination des éléments actifs et passifs de l'activité apportée qui s'y attachent. Le contrôle des termes du traité d'apport relève a posteriori du juge de fond¹⁶⁶. En dépit de cette critique, la jurisprudence a été raffermie par des décisions ultérieures¹⁶⁷. Pour régir les mécanismes du transfert des droits, le traité fait référence aux dispositions du Code de commerce applicables au régime de scission. De ce fait, le traité d'apport doit être constitué d'une manière précise aussi bien possible dans la définition et la description des éléments actifs et passifs transmis¹⁶⁸. En pratique, en l'absence d'un texte exigeant une telle utilisation, il appartient aux sociétés parties de mentionner dans le traité d'apport que l'opération d'apport partiel d'actif est soumise au régime de scission¹⁶⁹.

En tout état de cause, La transmission universelle du patrimoine d'une branche d'activité peut être effectuée lorsque l'opération est placée sous le régime des scissions ce qui

¹⁶¹ Cass. com., 15 mars 1994 : Bull. Joly Sociétés 1994, p. 637, obs. M. Luby.

¹⁶² En ce qui concerne les sociétés cotées, l'AMF recommande, lorsque l'apport partiel d'actif a été placé sous le régime de scission, la réunion des actionnaires de la société apporteuse en assemblée, comme elle le sera dans une opération de scission ou de fusion : Bull. COB juillet-août 1977, n° 195.

¹⁶³ Le délai de prescription en cas d'action en nullité de la décision d'apport partiel d'actif est ramené à six mois lorsque l'apport a été soumis au régime de scission : Cass. com., 30 nov. 2004 : Bull. Joly Sociétés 2005, p. 241, note P. Le Cannu.

¹⁶⁴ Cass. com., 3 avril 2007, RJDA, 2007/7, n° 734 ; Cass. 3^e civ., 16 janvier 2008, Dr. sociétés 2008, n° 92, note M.-L. Coquelet ; voir également CA Paris, 13 mai 2005 : Bull. Joly Sociétés, 2005, note J.-J. Daigre, n° 296, p. 1363.

¹⁶⁵ Cass. com., 7 octobre 2008 : RTD com., 2009, note P. Le Cannu, p. 387.

¹⁶⁶ En ce sens, voir Th. Urlacher, préc ; P. Le Cannu, note sous Cass. com., 4 février 2004 : Bull. Joly Sociétés, 2004, n° 126, p. 649.

¹⁶⁷ V. Cass.com., 26 mai 2009, n° 08-16417, Sté INEO MPLR c/ SNC Castells Frères : Bull. Joly Sociétés 2009, note Th. Urlacher, préc.

¹⁶⁸ A. Couret et Ch. Blondeau, préc.

¹⁶⁹ M. Chadeaux, La fusion des sociétés, préc, n° 2612, p. 428.

implique l'application du régime de fusion¹⁷⁰.

La transmission universelle du patrimoine peut aussi être appliquée lors de la dissolution d'une société unipersonnelle. La dissolution-confusion qui marque la transmission du patrimoine de la société par son associé unique est techniquement justifiée.

C. La dissolution-confusion : acte unilatéral de la transmission universelle du patrimoine

51. La dissolution par confusion de patrimoine¹⁷¹, appelée aussi la confusion de patrimoine, a été introduite, en droit français, par la loi du 5 janvier 1988¹⁷², plus précisément dans l'article 1844-5 du Code civil¹⁷³. Ce type de restructuration des sociétés peut être défini comme l'opération par laquelle l'associé unique d'une société dissoute reçoit l'universalité de patrimoine de cette dernière à l'issue du délai d'opposition accordé aux créanciers, sans qu'il y ait lieu à liquidation¹⁷⁴.

Or, la dissolution-confusion trouve donc son origine dans les dispositions qui proviennent du Code civil. Cela revient à dire qu'elle est applicable à toutes les formes de

¹⁷⁰ Le rapprochement de l'apport partiel d'actif avec les opérations des fusions n'empêche pas néanmoins d'évoquer les différences qu'elles existent entre les deux techniques de restructuration. À la différence de la fusion, l'apport partiel d'actif n'emporte pas la dissolution sans liquidation de la société apporteuse. Cela veut dire que cette dernière maintient sa personnalité juridique après la réalisation de l'opération concernée (H. Synvet, Sociétés, Dalloz, févr. 2010, n° 140 ; H. Le Nabasque, Apport partiel d'actif et faute inexcusable de l'employeur : Bull. Joly Sociétés 2011, n° 9, p. 726). En d'autres termes, la société apporteuse subsiste, seul son patrimoine est affecté par le fait de la transmission universelle de la branche d'activité concernée. Mais inversement, dans la fusion, l'intégralité du patrimoine de la société absorbée est affectée par la réalisation de l'opération envisagée. D'autre part, les titres émis en contrepartie de l'apport effectuée reviennent à la société apporteuse et non à ses associés. Or, les associés ou actionnaires de la société apporteuse ne deviennent pas de plein droit associés ou actionnaires de la société réceptrice de l'apport. L'opération d'apport est donc considérée neutre pour les actionnaires de la société qui consent l'apport (B. Ghizlaine, L'apport partiel d'actif (APA) : impact juridique, cours en droit des affaires, publié le 16 déc. 2009 sur www.oodoc.com). Par contre, dans les opérations de fusion, ce sont les actionnaires de la société qui disparaît qui ont vocation à recevoir les titres émis par la société bénéficiaire de l'opération. En outre, l'apport partiel d'actif n'a pas pour effet d'affecter le nombre des sociétés en cause dans la mesure où cette opération peut être effectuée au profit d'une société nouvelle. En effet, au contraire de l'opération de fusion, l'apport partiel d'actif n'emporte aucune modification du nombre des associés ou actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport, ainsi que le nombre des membres d'administration de cette dernière. Malgré cette distinction, le régime de la fusion peut être appliqué à l'apport partiel d'actif lorsque ce dernier est soumis au régime de scission.

¹⁷¹ Cette opération appelée également transmission universelle de patrimoine « TUP ».

¹⁷² A. Pietrancosta et C. Gerschel, La « dissolution-confusion » en passe de supplanter la fusion, Dr. et patrimoine 2002, n° 105, p. 32 ; M. Chadeaux, préc. n° 1819, p. 360.

¹⁷³ « (...). En cas de dissolution, celle-ci entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société à l'associé unique, sans qu'il y ait lieu à liquidation ».

¹⁷⁴ J. Toulée et E. Lourdeau-Morel, Confusion de patrimoine, éd. Francis Lefebvre, n° 2, p. 6.

sociétés¹⁷⁵. Aussi, la dissolution par confusion de patrimoine constitue un mode particulier de dissolution dans la mesure où toutes les parts de la société objet de l'opération sont détenues par un seul associé. Or, la confusion de patrimoine ouvre la possibilité à l'associé unique de la société en cause de procéder à la dissolution sans liquidation de celle-ci. Cette décision lui permet de transférer l'intégralité du patrimoine de la société dissoute¹⁷⁶. Toutefois, la réunion de toutes les parts ou les actions entre les mains de l'associé unique n'ouvre pas le droit à appliquer ce texte lorsque cet associé est une personne physique¹⁷⁷. Cette possibilité est seulement ouverte aux personnes morales.

52. La loi sur les sociétés commerciales, depuis la loi NRE du 15 mai 2001¹⁷⁸, a, de son côté, complété les dispositions de l'article 1844-5 du Code civil. Elle énonce que l'associé unique bénéficiaire de l'opération de dissolution-confusion ne peut être qu'une personne morale et ne peut plus être une personne physique¹⁷⁹. C'est-à-dire, la transmission universelle du patrimoine de la société intéressée à l'associé unique ne peut être applicable aux sociétés dont ce dernier est une personne physique¹⁸⁰.

53. Donc, la dissolution par confusion de patrimoine a pour effet de dissoudre et de transférer l'intégralité du patrimoine de la société concernée au profit de la société bénéficiaire. Il en découle que cette opération a aussi des conséquences identiques que l'opération de fusion. La fusion et la dissolution confusion se présentent comme des moyens de restructuration en droit des sociétés. D'une part, sur le plan juridique, les deux opérations se caractérisent par la disparition sans liquidation des sociétés en cause. Autrement dit, la société amenée à disparaître est dissoute par le fait de la transmission à titre universel de son

¹⁷⁵ La jurisprudence précise que la procédure de dissolution sans liquidation ne trouve pas application lorsque la dissolution trouve son origine dans un jugement ayant ouvert une procédure collective à l'encontre de la société en cause : Cass. com., 12 juill. 2005 : Bull. Joly Sociétés, note P. Le Cannu, n° 1, com. 6.

¹⁷⁶ La transmission universelle du patrimoine de la société à son associé unique du fait de l'opération de dissolution-confusion est affirmée par la jurisprudence de la Cour suprême : Cass. com., 2 fév. 2010, n° 09-11938, SA Moulin TP, note R. Mortier, Naissance et transmission d'une dette dans le cadre d'une dissolution-confusion : Bull. Joly Sociétés 2010, n° 6, P. 526 ; Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11384, Mme X contre Société Cofidim, note N. Morelli, Dissolution confusion et contrat intuitu personae, Pte. aff. 2006, n° 179, p. 12.

¹⁷⁷ Al. 2, art. 1844-5, c.civ.

¹⁷⁸ La loi NRE du 15 mai 2001 a complété l'article 1844-5 du Code civil en précisant, dans son article 103, que « Les dispositions du troisième alinéa ne sont applicables aux sociétés dont l'associé unique est une personne physique. ».

¹⁷⁹ Voir F.-X. Lucas, La transmission universelle du patrimoine, à l'occasion de la dissolution d'une société unipersonnelle, après la loi NRE : D. sociétés 2002, n° 61, p. 33 ; dans le même sens, voir également CA Poitiers, 2^e ch. civ., 13 avr. 2004, D. sociétés 2005, n° 3.

¹⁸⁰ Cette possibilité doit être ouverte à la personne physique au même titre que la personne morale car celle-ci est à l'origine de l'affectation des apports qui dispose d'un choix entre transmission universelle et liquidation de la société dont elle détient ses parts. En effet, une nouvelle lecture de l'article 1844-5 du Code civil pourrait être envisagée.

patrimoine à la société bénéficiaire¹⁸¹. En effet, les deux techniques se réalisent par l'absence de la liquidation amiable ou judiciaire de la société concernée. D'autre part, en droit fiscal, comme la fusion, la dissolution par confusion de patrimoine bénéficie du régime de faveur en matière d'impôt sur les sociétés¹⁸². Ainsi, quant à la rétroactivité de l'opération, l'administration fiscale¹⁸³ a ouvert le droit, depuis 2003, à l'associé unique de décider de donner un effet rétroactif à l'opération de confusion de patrimoine¹⁸⁴. Par voie de conséquence, la dissolution par confusion de patrimoine s'analyse en l'absence d'un traité d'apport qui est le résultat de la rencontre des volontés de deux parties¹⁸⁵. En l'absence d'une convention, l'opération de dissolution résulte de la seule décision qui est subie par l'associé unique. La confusion de patrimoine impose uniquement à la société associée unique un simple dépôt, à tout moment, d'une « déclaration au greffe du tribunal de commerce en vue de la mention de dissolution au registre du commerce et des sociétés »¹⁸⁶. La transmission universelle du patrimoine peut donc résulter d'un acte unilatéral de l'associé unique qui détient les parts de la société amenée à disparaître.

Néanmoins, la dissolution par confusion de patrimoine peut se présenter, en matière de fusion, comme une solution envisageable pour transformer la fusion rapide en confusion rapide. Cela peut démontrer l'évolution par rapport aux autres opérations de restructuration.

¹⁸¹ Sur le transfert de l'ensemble des éléments actifs et passifs à l'associé unique, voir CA Douai, 14 nov. 1996 : JCP E, 1997, II, n° 925, note J.-J. Daigre.

¹⁸² L'assimilation de la dissolution par confusion de patrimoine aux opérations de fusion ne concerne pas les droits d'enregistrement (M.-A. Coudret, Les droits d'enregistrement en matière de fusion et de confusion de patrimoine, Actes pratiques, novembre-décembre 2004, p. 28.). En effet, la singularité juridique de la confusion de patrimoine n'emporte pas une mutation ; cette opération ne bénéficie pas du régime de faveur en matière de droits d'enregistrement (Landwell, La lettre juridique, préc, p. 3.). C'est donc un point d'avantage pour le procédé de fusion.

¹⁸³ Voir l'instruction fiscale n° 4-I-1-03 du 7 juillet 2003.

¹⁸⁴ Par contre, il n'est pas juridiquement possible de conférer à la dissolution-confusion un effet rétroactif. La Chancellerie précisait que « la dissolution par confusion de patrimoine ne saurait entrer dans le champ d'application de l'article L. 236-4 du code de commerce... ». Aussi, elle ajoute « Il n'y pas de rétroactivité en l'absence de texte ». En conséquence, cette rétroactivité est ouverte aux opérations de fusion et plus large puisqu'elle est juridique, comptable et fiscal (A. Pietrancosta et C. Gerschel, préc.).

¹⁸⁵ En revanche, la fusion a une dimension conventionnelle qui se manifeste par l'existence au moins de deux sociétés qui concluent un traité de fusion. L'établissement de ce traité exige l'intervention d'un ou plusieurs commissaires à la fusion, l'approbation de l'opération par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés participantes ainsi que la consultation des assemblées des créanciers obligataires.

¹⁸⁶ Art. 8 du décret n° 78-704 du 3 juillet 1978 relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du Livre III du Code civil.

II. L'évolution de la fusion par rapport aux autres opérations de restructuration

54. En droit des sociétés, les opérations qui emportent la transmission universelle du patrimoine sont nombreuses dont la dissolution de la société unipersonnelle et la fusion simplifiée fait partie. La dissolution-confusion est une technique qui peut être utilisée pour transformer la fusion rapide **(A.)** en confusion. En prenant l'appui sur cette technique, il peut être établi que l'application de la transmission universelle du patrimoine lors de l'absorption par la société mère de sa filiale détenue à 100 % est pratiquement possible **(B.)**.

A. La fusion rapide

55. Bien que la technique de fusion rapide soit actuellement en vogue¹⁸⁷, le législateur français n'a pas apporté de mesures particulières en la matière. En l'absence de régime légal ainsi que de définition législative, la fusion rapide peut être définie comme « *une technique d'ingénierie financière et d'optimisation fiscale qui consiste à fusionner une société holding avec la société dont elle a acquis le contrôle, immédiatement après le rachat* »¹⁸⁸. Ici, la société holding acquiert une société cible pour rembourser les emprunts contractés par la holding. Ensuite, il y aura une fusion rapide entre les deux entités de sorte que les intérêts de l'endettement de la société holding seront déduits de la nouvelle structure fusionnée¹⁸⁹. Ainsi, la fusion rapide intervient après une opération LBO¹⁹⁰ qui permet à la société holding de disposer, grâce au transfert universel de patrimoine, des actifs et de la trésorerie de la société cible¹⁹¹. Il ressort que le but de cette opération est de mettre la fusion en œuvre avant le

¹⁸⁷ Depuis la publication du rescrit n° 2007-48-FE du 23 octobre 2007, l'administration fiscale est désormais favorable aux opérations de fusion rapide entre sociétés holdings dès lors que la société holding détient au moins 95 % du capital de la société cible avant la fusion ; sur ce point voir M.-Y. Nedelec et J.-G. Follorou, La mauvaise réputation des fusions rapides bientôt lavée par l'administration fiscale ?, 31 janvier 2008, disponible sur le site <http://www.avoxa.fr>; B. Greteau, Fusion rapide opérée à l'occasion de LBO secondaire, 2009, disponible sur le site www.economag.com.

¹⁸⁸ Voir la fusion rapide, éd. Francis Lefebvre, disponible sur le site www.efl.fr.

¹⁸⁹ L. Malka, Droit des sociétés, préc., n° 142, p. 4.

¹⁹⁰ Le LBO (leverage buy out) est une technique qui permet à l'acquéreur de racheter une entreprise qui connaît un succès dans le fait qu'il bénéficie « d'un effet de levier juridico-financier, susceptible de rendre l'opération extrêmement rentable » : B. Toulement et H. Zapf, Positions récentes de la jurisprudence en matière de LBO et d'apport-cession, Gaz. Pal. 2011, n° 239, p. 25.

¹⁹¹ Les guides des avocats de France, La transmission universelle de patrimoine : un outil de transmission des entreprises, janvier 2006, p. 8, disponible sur le site www.avocatsparis.org.

remboursement de l'endettement de la société holding¹⁹².

56. Cet avantage n'est pas considéré comme une particularité de la technique de fusion rapide, mais c'est un effet lié à tout procédé de fusion par absorption. Par voie de conséquence, sous la forme de fusion par absorption se réalise la fusion rapide. Cette dernière profite donc des avantages fiscaux attachés à la fusion-absorption dès lors que la holding aura un patrimoine plus riche son ancien patrimoine. Cette richesse résulte du fait du transfert de l'apport de la société cible (la société absorbée) au profit de la société holding (la société absorbante)¹⁹³. De ce fait, la fusion rapide entraîne la dissolution sans liquidation de la société cible, ainsi que la transmission universelle de son patrimoine à la société holding. De plus, les associés de la cible deviendront associés de la holding du fait de l'échange des droits sociaux qu'ils détenaient dans la cible contre des titres de l'absorbante.

57. Ainsi, quant au régime fiscal, le régime de droit commun n'est pas favorable aux fusions rapides dans la mesure où il entraîne des conséquences fiscalement lourdes¹⁹⁴. Pour certains auteurs, la fiscalité de droit commun est un « non sens économique » dans le fait qu'elle décourage les opérateurs économiques à fusionner¹⁹⁵. Toutefois, pour faciliter les procédés de restructuration des entreprises, le législateur a instauré un régime fiscal de faveur qui permet à la société absorbée de profiter des exonérations sur les plus-values réalisés¹⁹⁶ et les provisions conservant leur objet.

58. En revanche, parallèlement à ces avantages, l'opération de fusion rapide peut être remise en cause sur différents fondements¹⁹⁷. On peut en citer par exemple, l'abus de droit et

¹⁹² J.-P. Bertrel, Acquisition de contrôle et « vampirisme financier », Droit et patrimoine, janvier 1993, p. 52.

¹⁹³ L. Malka, Droit des sociétés, préc.

¹⁹⁴ Il entraîne, pour la société qui disparaît, l'imposition des plus-values non encore taxées et l'imposition des bénéfices dont l'imposition a été différée, ainsi, les associés seront imposés sur le boni de liquidation qu'ils perçoivent du fait de l'échange de leurs droits sociaux, etc.

¹⁹⁵ M. Cozian, Précis de fiscalité des entreprises, Litec, 2007, p. 489.

¹⁹⁶ Voir CGI, art. 210 A, 1°.

¹⁹⁷ L'opération risque de violer l'interdiction visée par l'article L. 225-216 du Code de commerce qui dispose « qu'une société ne peut avancer des fonds, accorder des prêts ou consentir une sûreté en vue de la souscription ou l'achat de ses propres actions par un tiers ». Ici, il faut prouver que la fusion a été mise en œuvre pour éviter ou contourner l'interdiction des dispositions impératives du Code de commerce. Néanmoins, l'interdiction de l'article L. 225-216 n'a pas lieu à s'appliquer sur la fusion rapide dans le fait que cet article énonce une chronologie qui diffère de celle de la technique de fusion rapide. Sur cette question, voir H. Le Nabasque, À propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966, JCP E 1990, I, n° 107, p. 17 ; A. Viandier, L'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966 et les rachats d'entreprises, JCP G 1990, I, n° 3476 ; voir aussi Cass. com., 15 nov. 1994, RJDA 2/95, n° 159 ; R. Gaudet, L'ingénierie patrimoniale des PME, l'Harmattan, 2011, n° 4. D'autre part, l'abus de majorité peut être invoqué lorsque les conditions de la fusion rapide étaient de nature à porter atteinte à la société qui disparaît au profit exclusif de la société holding et ses actionnaires majoritaires ; voir D. Poracchia, La fusion rapide dans les LBO, Dr. et Patrimoine 2006, n° 152.

l'acte anormal de gestion. Pour que la qualification d'abus de droit soit retenue¹⁹⁸, le juge administratif exige que l'administration doive apporter la preuve que les sociétés participant à la fusion rapide poursuivaient un but exclusivement fiscal. A défaut, le juge écarte l'existence d'un abus de droit, notamment si la fusion rapide peut apporter des modifications importantes dans le capital de l'absorbante¹⁹⁹. Quant à l'acte anormal de gestion, l'administration fiscale doit prouver que l'emprunt souscrit est contraire à l'intérêt social de la société en cause. Mais la jurisprudence ne voit pas dans l'endettement contractée avant l'opération de fusion rapide un acte anormal de gestion, notamment si « la société absorbante avait en tant que telle un intérêt propre à prendre le contrôle d'une société concurrente à des conditions financières avantageuses »²⁰⁰.

59. Par ailleurs, pour éviter de tomber dans le piège des délits susmentionnés, une autre solution peut être envisagée en la matière ; la transmission de patrimoine de la société cible sous la forme de la dissolution-confusion. Lorsque la société holding détient la totalité du capital de la société cible, c'est-à-dire, détenir 100 % du capital de cette dernière, l'opération peut être effectuée selon les modalités de la dissolution par confusion de patrimoine²⁰¹. Le recours à la confusion du patrimoine peut donc transformer le procédé de fusion rapide en une « confusion rapide »²⁰².

60. Le transfert universel de patrimoine de la société cible relève de la décision unilatérale de l'associé unique subie par cette société. Contrairement à la fusion rapide, la transmission de patrimoine a pour effet de faire disparaître l'exigence de l'acte anormal de gestion dans la mesure où le patrimoine de la société cible se transmet à titre universel vers la société holding. Aussi, en ce qui concerne l'abus de droit, celui-ci ne peut être invoqué à l'encontre de la société holding car la TUP par le seul associé reste un droit fondamental envisagé d'une manière expresse par l'article 1844-5 du Code civil²⁰³. En outre, au contraire de la fusion rapide, la confusion de patrimoine se caractérise, pour la société dissoute, par l'absence de l'approbation de l'opération par l'AGE, l'intervention d'un commissaire à la fusion et ainsi le traité d'apport. De même, sur le plan fiscal, en dépit de son inconvénient de ne pas bénéficier du régime de faveur quant aux droits d'enregistrement, la TUP bénéficie du

¹⁹⁸ Art. L. 64 du Livre des procédures fiscales ; voir également D. Poracchia, préc.

¹⁹⁹ TA Paris, 15 mars 2006, n° 9912123/1 ; CAA Paris, 18 juin 2007, req. n° 06PA01941.

²⁰⁰ CAA Lyon, 26 mai 1992, n°s 90-102 et n° 90-110 ; L. Malka, préc, p. 21.

²⁰¹ R. Gaudet, préc.

²⁰² N. Boschin, *Le guide pratique du LBO*, Eyrolles, 2^e éd. 2009, p. 262.

²⁰³ N. Boschin, préc, p. 263.

régime spécial de la fusion en matière d'impôt sur les sociétés²⁰⁴. En conséquence, la dissolution par confusion de patrimoine peut se présenter comme une alternative à la fusion rapide. En raison de sa rapidité et simplicité, la dissolution par confusion devient très attractive dans la vie pratique.

Le schéma est presque pareil lors de la fusion simplifiée qui se caractérise par la transmission universelle du patrimoine de la filiale totalement détenue par la société mère.

B. La fusion simplifiée

61. Dans une fusion bilatérale entre sociétés indépendantes, l'opération se caractérise par sa complexité et nécessite une série de procédures dès les négociations entre les représentants des sociétés participantes jusqu'à la réalisation de la fusion. Cependant, lorsqu'on est en présence d'une société mère et filiale, le législateur français a simplifié la procédure applicable aux fusions des sociétés mères-filiales. Grâce à cette technique de restructuration, la société mère peut dissoudre et transmettre à son profit le patrimoine de la société filiale détenue à 100 %²⁰⁵. Le régime de fusion simplifiée vise uniquement à supprimer certaines procédures applicables dans le cadre de fusion normale²⁰⁶. Aux termes de l'article L. 236-11 du Code de commerce, lorsque, depuis le dépôt au greffe du tribunal de commerce du projet de fusion et jusqu'à la réalisation de la fusion, la société absorbante détient en permanence la totalité des titres représentant la totalité du capital de la société absorbée, il n'y a lieu ni à la consultation des assemblées générales extraordinaires des sociétés participant à la fusion, à la l'établissement du rapport des dirigeants des sociétés en

²⁰⁴ N. Boschin, préc, p. 263.

²⁰⁵ Le législateur européen avait procédé à une simplification des règles applicables au processus de fusions réalisées entre société mère et sa filiale détenue à 100 %. Cette simplification de procédures relatives aux fusions simplifiées a été instaurée par la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions (art. 2, §9). Cette directive est codifiée désormais sous la directive n° 2011/35/UE du 5 avril 2011 pour les fusions de sociétés anonymes. Le législateur français a transposé, en droit interne, la directive européenne en matière de fusion simplifiée. La loi du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit était le résultat du travail législatif (Art. 64 de la loi n° 2011-525 du 71 mai 2011 : JO n° 0115 du 18 mai 2011, p. 8537). Le régime de fusion simplifiée s'applique uniquement sur les sociétés par actions (art. L. 236-11, C. com., pour la SA, art. L. 236-23, C. com., pour la SARL, art. L. 226-1, al. 2, C. com., pour la SCA et art. L. 227-1, al. 3 pour la SAS).

²⁰⁶ V. Téchené, Loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit : aspects de droit des sociétés, Lexbase Hébdéo éd. aff. 2011, n° 253.

cause²⁰⁷, ni à l'intervention d'un commissaire à la fusion ou aux apports²⁰⁸.

62. Par voie de conséquence, il n'est pas nécessaire d'insérer, dans le traité dans le cadre de fusion simplifiée, certaines mentions obligatoires visées à l'article R. 236-1 du Code de commerce pour l'établissement du projet de fusion normal²⁰⁹. De ce fait, il n'y a lieu ni d'établir le rapport d'échange des droits sociaux et, le cas échéant, le montant de la soulte, d'indiquer les modalités de remise des titres, la date à partir de laquelle ces titres donnent droit aux bénéfices et les modalités particulières relatives à ce droit, ni d'indiquer le montant de la prime de fusion²¹⁰. En effet, en faveur de cette technique, on peut faire valoir que l'opération entraîne la dissolution sans liquidation de la filiale et la transmission de son patrimoine, mais sans qu'il y ait d'apport en société. Cela s'explique par l'absence de remise de titres du côté de la société mère. Elle détient à 100 % le capital de la filiale, ce qui signifie la dispense d'une ratification par les assemblées générales des sociétés parties à l'opération²¹¹. La société mère absorbante dissout purement et simplement la filiale absorbée et la pluralité de procédures dans la fusion classique est inutile dans le cadre de fusion simplifiée. Cette dérogation est la conséquence naturelle de la détention par celle-ci de la totalité du capital de la société absorbée.

On en conclut que, hormis le cas de simplifier certaines procédures applicables à la fusion effectuées entre sociétés mères et filiales détenues à 100 %, les règles concernant la fusion normale reçoivent application en matière d'absorption d'une filiale détenue en totalité par la société mère. La fusion simplifiée constitue donc un mode de restructuration en droit des sociétés. L'application de cette technique réalise un transfert de patrimoine sans

²⁰⁷ Art. L. 236-9, al. 4, C. com., sur renvoi de l'article L. 236-11, C. com.

²⁰⁸ Art. L. 236-10, C. com., sur renvoi de l'article L. 236-11, C. com. Mais, comme dans le cas de fusion normale, les organes de direction de chacune des sociétés participantes à l'opération doivent établir un projet de traité de fusion conformément aux dispositions des articles L. 236-6 et R. 236-1 et suivants du Code de commerce.

²⁰⁹ Cette simplification de procédure vaut également pour les filiales détenues à 90 % par la société mère absorbante dite la fusion « semi-simplifiée » (art. 2, § 10, a) et art. 6, § 1 de la directive n° 2009/109/CE du 16 septembre 2009 ; art. L. 236-11-1, C. com.). Sur cette question, v. H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, La réforme des fusions simplifiées, Bull. Joly Sociétés 2012, n° 3, p. 265 ; B. Lecourt, Fusions et scissions de sociétés : transposition en droit français de la directive de « simplification », Rev. sociétés 2011, p. 654 ; B. Saintourens et Ph. Emy, Simplification et amélioration de la qualité du droit des sociétés après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, Rev. sociétés 2011, p. 467.

²¹⁰ D. Poracchia, G. Alson et A. Theimer, La dissolution d'une filiale à 100 %, Actes Pratiques et Ingénierie Financière, JCl. 2008, p. 62.

²¹¹ Toutefois, il est possible de demander la convocation de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante pour qu'elle se prononce sur l'opération de la fusion. Cette possibilité est ouverte lorsque les actionnaires représentent au moins 5 % du capital social de celle-ci (art. L. 236-11, al. 2, C. com.). La demande de convoquer l'assemblée générale concerne uniquement celle de la société absorbante. Il n'y a pas lieu de recourir à l'assemblée générale de la société absorbée.

liquidation de la filiale. Cela accrédite notre idée que la fusion fait une preuve d'évolution par rapport aux autres opérations de restructuration.

63. Conclusion de la section II. En droit français, la fusion n'est pas la seule opération de restructuration. D'autres opérations de restructuration assimilées à la fusion sont toujours présentes en droit des sociétés. La scission et la confusion de patrimoine illustre le principe de la transmission universelle du patrimoine. Cela vaut également pour l'apport partiel d'actif quant à la branche d'activité transmise lorsqu'il est soumis au régime de la scission. Cependant, la fusion distingue de ces procédés. Dans le cadre de la scission, celle-ci suppose l'existence d'une seule société scindant en plusieurs sociétés, alors que la fusion exige l'existence d'au moins deux sociétés participantes à l'opération. Dans la même optique, l'apport partiel d'actif n'entraîne pas la dissolution sans liquidation de la société apporteuse, ce qui est le cas de la fusion. De même, dans la confusion de patrimoine, la dissolution de la société résulte de la seule volonté de l'associé unique de celle-ci, alors que la mise en œuvre de la fusion est le résultat de la rencontre des volontés des sociétés parties à l'opération. En revanche, dans le but de simplifier les procédures applicables à la fusion effectuée entre la société et la filiale, les législateurs européen et français ont mis en place la fusion simplifiée qui reçoit les règles applicables à la fusion ordinaire mais avec des allègements quant aux procédures.

64. Conclusion du chapitre I. Il a été démontré que les opérations de restructuration des entreprises se réalisent par la fusion de deux personnes morales distinctes. Le droit français a connu deux formes de fusion : la fusion-absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Ces deux techniques supposent l'existence d'au moins deux sociétés, l'une disparaît et transmet son patrimoine à une société absorbante ou une société nouvelle créée à cet effet. Il a été également démontré que, en raison de son coût fiscal, la technique de fusion par création d'une société nouvelle est très peu utilisée en pratique par rapport à la fusion-absorption dans la mesure où celle-ci exige des frais supplémentaires correspondant à l'immatriculation de la nouvelle société au RCS. L'analyse de ces modalités a été d'ailleurs présente en droit européen. La dixième directive européenne a adopté une définition explicative des techniques de fusion transfrontalières. Cette définition a été transposée en droit interne des États membres de l'Union européenne dont la France fait partie. La loi du 3

juillet 2008 a introduit ces procédés dans le Code de commerce sous l'article L. 236-25.

Aussi, il a été démontré que l'originalité du droit français se concrétise par l'existence des plusieurs procédés de restructuration. Ces procédés réalisent le transfert de patrimoine qui constitue une règle essentielle pour la fusion. Le régime de fusion s'applique à la scission surtout que cette dernière illustre le principe de transmission universelle du patrimoine. Ce régime peut recevoir également application lorsque les dirigeants sociaux optent pour faire soumettre l'apport partiel d'actif au régime de scission. Cette possibilité a été affirmée par la jurisprudence dans l'arrêt du 16 février 1988. De la même manière, même si elle résulte de la décision prise par l'associé unique, la dissolution de la société unipersonnelle entraîne la transmission universelle du patrimoine sans liquidation de celle-ci. Elle bénéficie du régime de faveur, en matière d'impôt sur les sociétés, accordé à la fusion. Néanmoins, la fusion marque une évolution considérable, par rapport aux autres modes de restructuration, depuis l'adoption de la loi du 17 mai 2011. L'adoption de cette loi permet à la société mère de transférer le patrimoine de sa filiale détenue à 100 % sans suivre de lourdes formalités obligatoires pour la fusion classique.

La diversité du droit français quant aux modes de fusion et aux opérations de restructuration était séduisante pour le législateur syrien. En l'absence de ces opérations en droit syrien, ce dernier trouve dans le droit français une référence séduisante qui peut combler les lacunes existant dans les dispositions de la loi sur les sociétés commerciales.

CHAPITRE II. L'INSUFFISANCE DES TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION EN DROIT SYRIEN : L'IMPORTANCE DU DROIT FRANÇAIS COMME RÉFÉRENCE ALTERNATIVE

65. Depuis les années quarante, le législateur syrien adopte les principes du droit commercial français y compris les règles organisant les sociétés commerciales. La contribution du droit français à l'inspiration du droit syrien en la matière accrédite l'idée de l'alignement de ce dernier au premier quant aux techniques de fusion adoptées. En effet, le droit français était toujours une référence essentielle pour le droit syrien. Toutefois, l'insuffisance des techniques de restructuration en droit syrien fait apparaître l'utilité et l'importance du droit français comme solution alternative. En effet, l'incidence du droit français paraît évidente sur les procédés de fusion appliqués en droit syrien (**Section I**). La loi syrienne sur les sociétés commerciales laisse toujours une trace d'absence de certaines opérations de restructuration, assimilées à la fusion, qui peuvent être comblées par le recours au droit français (**Section II**).

Section I. L'incidence du droit français sur les procédés de fusion appliqués en droit syrien

66. Après avoir négligé la fusion comme procédé de restructuration en droit des sociétés, le législateur syrien a finalement mis les choses au clair. Il a adopté des dispositions permettant aux sociétés désirant fusionner la possibilité d'effectuer ce genre d'opérations. Pour ce faire, le législateur syrien a repris les techniques de fusion adoptées en droit français (§I). Ces techniques qui malheureusement n'étaient pas énoncé avant la loi n° 3 du 13 mars 2008 abrogé par l'ordonnance n° 29 du 14 février 2011 instituant la nouvelle loi sur les sociétés commerciales (§II).

§I. L'adoption des techniques de fusion du droit français

67. Traditionnellement, la fusion n'étant pas définie par la loi. Aucun texte n'apporte une définition juridique de la fusion comme une opération de concentration économique. Le rôle principal en définir la fusion était donc attribué à la doctrine pas au législateur²¹². Certains définissent la fusion comme l'union de plusieurs sociétés indépendantes en une personne morale, soit par la création d'une société nouvelle soit par l'absorption d'une ou plusieurs sociétés par une seule société existante²¹³. De même, le Professeur Jacques ALHAKIM voit dans l'opération de fusion « l'union de deux sociétés qui résulte de leur dissolution et transmission de leur patrimoine à une société nouvelle ou l'absorption d'une de ces sociétés par l'autre »²¹⁴.

Avec l'arrivée de la loi n° 29 de 2011, la fusion peut être définie comme l'opération qui permet l'absorption ainsi que la disparition d'une société au profit d'une autre société ou d'une nouvelle structure créée à cet effet²¹⁵. La fusion se caractérise donc, comme en droit français, par l'existence de deux techniques auxquelles on pourrait avoir recours pour opérer les fusions. La première est celle de la fusion par absorption (A.), alors que la deuxième se fait par la fusion par création d'une société nouvelle (B.).

²¹² M.-S. Ariani, La fusion des sociétés comme phénomène rénové, éd. La maison de la pensée universitaire, 1^{er} éd. 2012, Egypte, p. 20.

²¹³ R. Antaki et N. Alsebaai, Encyclopédie de droit commercial – Les sociétés commerciales, éd. Université de Damas, 1988, p. 335.

²¹⁴ J. Alhakim, Les sociétés commerciales, éd. Univ. Damas, 2006, 4^e éd., Damas, n° 284, p. 247.

²¹⁵ Art. 218-2, C. sociétés.

A. La reprise de technique de fusion-absorption du droit français

68. Selon cette technique, la fusion s'opère lorsqu'une ou plusieurs sociétés acceptent d'être absorbées par une autre société dans la mesure où le patrimoine de la première se transmet à la seconde²¹⁶. La personnalité juridique de la société dissoute disparaît, alors que celle de la société absorbante demeure²¹⁷ : la première est absorbée, la société seconde est absorbante²¹⁸. Par conséquent, la technique de fusion par absorption ne peut être effectuée que si l'une des sociétés parties à l'opération perd sa personnalité morale au profit de la société absorbante²¹⁹.

Ce procédé de fusion a été pris en compte par le législateur de 2011. L'alinéa 2 de l'article 218 du Code des sociétés dispose que « la fusion se fait soit par l'absorption d'une société par une autre où la société absorbée est dissoute et transmet son patrimoine au profit de la société absorbante (...) ». À la première lecture de ce texte, on voit que le législateur syrien a pris le pas du législateur français en adoptant la technique de l'absorption. Autrement dit, le droit syrien de fusion a repris le droit français en matière de fusion-absorption en la reformulant pareillement. Si on est plus précis, la fusion par absorption en droit syrien se réalise lorsqu'une société A se fait absorber par une société B, la société A transmettant son patrimoine entier, actif et passif, sans qu'elle soit liquidée, à la société B.

69. Au regard des dispositions de l'article 218 du Code des sociétés, on peut en tirer les conséquences essentielles. En premier lieu, la fusion par absorption a des conséquences très importantes sur les sociétés en cause. Pour la société absorbante, l'opération se présente par une augmentation de son capital du fait de transmission de l'apport de la société absorbée. Or, l'absorbante doit procéder à l'émission de nouveaux droits sociaux afin de rémunérer les apports qui lui sont transférés par les associés de l'absorbée. Pour le faire, des modifications des statuts doivent être mises en place par l'absorbante²²⁰. De même, dans la fusion-

²¹⁶ H. Almasri, La fusion et scission des sociétés, éd. La maison des livres juridiques, Egypte, 2007, n° 25, p. 47 ; S.-N. Aldeen, La fusion des sociétés, 2006, disponible sur le site www.4uarab.com.

²¹⁷ J. Meknass, Les sociétés commerciales, L'université virtuelle, Alep, 2011, p. 290 ; L.-G. Koumani, Les sociétés commerciales, 2007, p. 286, disponible sur le site : alsarab-law.own.com.

²¹⁸ A. Radwan et H. Eissah, Les sociétés anonymes et le secteur public, éd. La maison de la pensée arabe, Egypte, 1986, p. 607.

²¹⁹ A. Youness, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la pensée arabe, Egypte, 1998, p. 530.

²²⁰ H. Faraoun, Le droit commercial, tome I, éd. Université d'Alep, 2008, n° 568, p. 381.

absorption, la personnalité morale de l'absorbante demeure ; elle n'est plus affectée par l'opération envisagée²²¹.

En second lieu, en ce qui concerne la société absorbée, cette technique peut être traduite par une dissolution sans liquidation de celle-ci, ainsi que le transfert universel de son patrimoine à la société absorbante. Cette dissolution se caractérise par l'absence de la liquidation de la société apporteuse de patrimoine²²². En dernier lieu, quant aux associés, l'absorption produit des conséquences fortement considérables à l'égard des associés de la société absorbée. Du fait de la fusion-absorption, ceux-ci deviendraient automatiquement des associés de la société absorbante. En l'absence de cette caractéristique, l'opération ne peut plus être qualifiée comme fusion-absorption²²³.

70. Par ailleurs, sur le plan pratique, la fusion par absorption est le procédé le plus fréquent. La plupart du temps, dans les opérations de fusion, les capacités financières des sociétés intéressées sont différentes. De ce fait, c'est la société la plus forte, prospère et solvable qui procède à l'absorption de la société faible, mais avec l'acceptation de cette dernière. Ainsi, cette technique de fusion est plus rapide et moins coûteuse que la fusion par création d'une société nouvelle. Elle permet à la société absorbante d'éviter des dépenses supplémentaires et d'accélérer la réalisation de l'opération de fusion²²⁴.

C'est d'ailleurs pourquoi les praticiens préfèrent le recours à cette technique. Il n'y a, dans notre pratique, que deux exemples qui font illustration de ce procédé. Le premier exemple concerne l'absorption de deux sociétés à responsabilité limitée. La SARL Joudy a absorbé, le 20 juillet 2009, la SARL Joudy Tex dans le but d'élargir ses activités au secteur du textile. Cette fusion-absorption était la première opération qui a eu lieu en Syrie. Quant au deuxième exemple, il s'agit de la fusion-absorption de quatre sociétés par une seule absorbante. Almothanna, Almawred Mayss Zaghiba, Alyamah Jumanah Shareef et Albayader sont des entreprises unipersonnelles à responsabilité limitée fabricant des produits plastiques.

²²¹ F.-I. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, éd. La maison de la culture, 1^{er} éd. La Jordanie, 2010, p. 35.

²²² L.-Y. Alfayoumi, Les effets de la fusion des sociétés anonymes, éd. Alhalabi, 1^{er} éd. Liban, 2009, p. 48. Cet auteur ajoute que la dissolution de la société absorbée est une dissolution anticipée n'est pas suivie d'une liquidation ou d'un partage.

²²³ F.-I. Basbous, préc, p. 36 : l'apport effectué par la société absorbée ne constitue pas une fusion lorsque les actionnaires de celle-ci reçoivent, de la société absorbante, des obligations ou des parts fondateurs, car ils perdent, dans ce cas, leur qualité comme associés au sein de la société absorbante.

²²⁴ S. Alkalyoubi, Les sociétés commerciales, Tome I, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1998, n° 62, p. 137 ; H. Almasri, préc, n° 25, p. 47 ; F.-I. Basbous, préc, p. 35.

Ces entreprises ont été absorbées, le 15 décembre 2011, par la SARL Alameer qui est aussi spécialisée dans la fabrication des produits plastiques²²⁵.

Il en déduit que, après avoir adopté les opérations de fusion par le législateur, les entreprises ont eu le désir de fusionner en bénéficiant de certains avantages, notamment les avantages fiscaux²²⁶, apportés par la loi à cet effet. La restructuration des sociétés peut donc être effectuée grâce au mécanisme de fusion par absorption. Elle peut également être réalisée lorsque les sociétés concernées fusionnent pour créer une nouvelle société.

B. L'adoption du procédé de fusion par création de société nouvelle du droit français

71. Dans cette technique, la fusion peut avoir lieu dans la mesure où les sociétés concernées disparaissent pour transmettre leur patrimoine à une société nouvelle qu'elles créent à cette occasion²²⁷. Dans cette hypothèse, les sociétés objet de l'opération disparaissent donc totalement pour créer une nouvelle entité, n'existant plus auparavant, dotée d'une nouvelle personnalité morale²²⁸. En effet, la société bénéficiaire de l'opération doit respecter les formalités requises pour son immatriculation au Registre des sociétés²²⁹. Par voie de conséquence, les sociétés concernées par l'opération de fusion s'habillent un nouveau vêtement qui diffère de celui-ci de leur ancien. Ainsi, le patrimoine de ces sociétés se transmet automatiquement à la nouvelle société constituée du fait de la fusion²³⁰. Comme la fusion par absorption, cette technique a également été adoptée par le législateur syrien dans l'article 218 du Code des sociétés. Après avoir envisagé la fusion-absorption dans le deuxième alinéa de cet article, il ajoute qu'une opération de fusion peut aussi se réaliser par la constitution d'une nouvelle société dans la mesure où les deux sociétés se dissolvent et transmettent leur patrimoine à la société nouvelle.

²²⁵ Pour en savoir plus, voir le site www.aliqtisadi.com.

²²⁶ Nous allons voir dans la deuxième partie de notre étude que les opérations de fusion bénéficient, sur le plan fiscal, d'une exemption totale de toute imposition.

²²⁷ M.-K. Taha, *Le droit commercial - Les sociétés de capitaux*, éd. La maison de la culture univ., Egypte, 1998, p. 221 ; M. Amawi, *La fusion des sociétés*, 2008, disponible sur le site www.amawi.info ; voir également K. Rkibat, *La fusion des sociétés*, 2011, disponible sur le site kaydrkibat.maktoobblog.com.

²²⁸ M. shafeek, *Le droit commercial égyptien*, tome I, 3^e éd. La maison de la nouvelle renaissance, Egypte, 1985, p. 667 et s.

²²⁹ Voir l'article 3, ali.2 du Code des sociétés : l'immatriculation doit être faite dans 30 jours dès la constitution de la société concernée.

²³⁰ Nous allons voir dans la deuxième partie de notre étude que la majorité des législations arabes ont adopté la théorie de la transmission universelle du patrimoine des sociétés fusionnées au profit de la société bénéficiaire, tel est le cas de la loi égyptienne n° 159 du 1^{er} octobre 1981 (publiée dans le J.O n° 40, p. 3627), la loi jordanienne n° 74 du 23 décembre 2002 (publiée dans le J.O n° 4577, p. 6204) et la loi libanaise sous l'ordonnance n° 304 du 24 décembre 1942.

En l'absence totale de la jurisprudence syrienne en la matière, la Cour de cassation égyptienne a eu l'occasion de trancher, dans certains cas, la question en matière de fusion. Elle a précisé que, dans la fusion, « la personnalité morale de la société absorbée disparaît du fait de la fusion, et transmet l'ensemble des éléments actif et passif de son patrimoine à la société absorbante (...) »²³¹.

72. En outre, les associés des sociétés dissoutes reçoivent des nouveaux titres de l'entité nouvelle en contrepartie de leur contribution au sein de leurs anciennes sociétés. Dans ces conditions, ils deviennent de plein droit associés de la nouvelle société réceptrice du patrimoine²³². Toutefois, cette modalité de fusion n'est pas très fréquente en pratique dans la mesure où elle entraîne l'application des nouvelles formalités pour constituer la nouvelle entité. De ce fait, elle nécessite des frais supplémentaires qui correspondent à l'immatriculation de cette nouvelle société au registre des sociétés. C'est d'ailleurs les sociétés désirant fusionner préfèrent le recours à la technique de fusion-absorption²³³. Ainsi, ce qui distingue la fusion par création d'une société nouvelle de la fusion par absorption ; dans le premier cas, la personne morale des sociétés en cause ne demeure plus après la fusion, un nouvel être moral constitué à cet effet et ayant une personnalité morale différente de celle des sociétés dissoutes par l'effet de la fusion. Quant à la fusion-absorption, la personnalité morale de la société absorbante se maintient et ne disparaît pas après la réalisation de l'opération de fusion²³⁴. Dans cette technique, la fusion ne conduit pas donc à créer une nouvelle entité qui n'existait pas avant de mettre en œuvre l'opération de fusion.

Ces deux procédés de fusion ont été envisagés par la loi n° 3 du 2008 abrogée par la loi n° 29 du 2011. Or, le législateur avant ces lois n'a pas adopté la fusion comme mode de restructuration des sociétés. Et là se pose la question de savoir, en l'absence des dispositions régissant la fusion par l'ancien législateur, si on pouvait appliquer les deux techniques de fusion en pratique.

²³¹ Cass. com., egypt., 19 avril 1976, n° 679 : Bull. n° 27, p. 977, voir également Cass. com., egypt. 12 mai 1974, n° 288 : Bull. n° 25, p. 859 ; Cass. com., egypt. 18 déc. 1973, n° 113 : Bull. n° 24, p. 1280, cité par A. Husny, La jurisprudence de la Cour de cassation en matière commerciale, 1^{er} éd. La maison des connaissances, Egypte, 2003, p. 269.

²³² Voir H. Alsaghir, Le régime juridique de fusion des sociétés, éd. La maison de la pensée univ. Egypte, 2004, p. 537 ; J. Alhakeem, préc, n° 288, p. 249.

²³³ M. Alshawabkeh, Les effets de fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, thèse, univ. Ein Shams, Egypte, 2009, p. 14 et s.

²³⁴ A. Alma'amory, La fusion des sociétés multinationales, éd. La maison des livres juridiques, Egypte, 2010, p. 341 et s.

§II. La méconnaissance de formes de fusion par l'ancien législateur

73. Le Code de commerce promulgué par la loi n° 149 du 22 juin 1949 n'a pas pris en compte de l'importance des opérations de fusion comme un moyen permettant aux sociétés de se concentrer. Après une longue époque, le législateur a finalement mis fin à cette loi en adoptant un nouveau Code de commerce créé par la loi n° 33 du 27 novembre 2007. Cependant, comme la loi du 1949, le législateur de 2007 a également négligé d'envisager la fusion dans ses dispositions (A.). Mais cette négligence de la part du législateur donne-elle aux sociétés en cause la possibilité de fusionner entre elles (B.).

A. L'absence de dispositions juridiques

74. Si on cherche dans les dispositions du Code de commerce de 1949, on trouve que le législateur n'a pas adopté un livre particulier pour régir les opérations de fusion. En plus, il n'a même pas envisagé des techniques permettant aux sociétés intéressées de recourir à la fusion comme procédé de restructuration des sociétés. A cette époque, le législateur a seulement prévu un paragraphe dans un texte réservé aux sociétés anonymes. Le premier paragraphe de l'article 255 de la loi de 1949 dispose que « les sociétés anonymes peuvent fusionner entre elles ». Ce paragraphe était le seul texte, adopté par le législateur, applicable aux fusions des sociétés anonymes. Cela revient à dire que le législateur a réservé cette possibilité aux SA en négligeant l'importance des autres sociétés de capitaux et des sociétés de personnes. Cependant, la loi de 1949 n'a pas mis devant les sociétés anonymes des techniques et des procédures qu'elles doivent poursuivre pour réaliser les fusions. Par conséquent, la question se pose de savoir si cette possibilité est seulement ouverte aux sociétés anonymes. Autrement, pourquoi le législateur de cette époque n'a rien énoncé à propos de la fusion des sociétés de personnes ?

75. Pour répondre à cette question, il faut aller plus loin. En revenant aux années quarante et cinquante, on constate que le législateur de 1949 a repris le Code de commerce libanais, qui avait à son tour adopté le Code de commerce français, après avoir apporté des légères modifications. A cette époque, la loi de 1949 avait précisé que la création d'une SARL était soumise à une autorisation préalable de l'administration compétente²³⁵ et à un contrôle

²³⁵ Art. 288-1 du Code de commerce de 1949 énonce que la constitution de la SARL est soumise à l'autorisation du Ministère du commerce intérieur qui prend une décision à cet effet.

proche de celui appliqué sur les SA²³⁶. À cause de cela, les personnes qui désiraient constituer ce type de sociétés s'en désintéressent. En outre, les gens ne s'intéressaient plus à l'administration de la société, ils préféraient investir leurs capitaux dans des actions qui leur donnent de rentabilité²³⁷. Le moyen idéal pour réaliser ces investissements était donc d'avoir des actions dans des SA. C'est pourquoi le législateur avait consacré un seul texte concernant la fusion aux sociétés anonymes qui envisageaient la fusion comme un mode de restructuration sociétaire.

76. Néanmoins, depuis 1959, la plupart des sociétés de capitaux avaient été nationalisées par l'Etat après l'union entre la Syrie et l'Egypte du 22 février 1958. De ce fait, personne n'était intéressée à créer ce mode des sociétés. Or, la seule solution pour limiter la responsabilité de l'associé était d'avoir la qualité d'un commanditaire dans une société en commandite simple²³⁸.

Il en résulte que, à l'époque de la loi de 1949, la plupart des sociétés étaient des sociétés de personnes prenant la forme des sociétés en nom collectif et sociétés en commandite simple. En l'absence de confiance entre les personnes, ces sociétés se constituaient entre les proches de la famille. La majorité des sociétés étaient donc à l'époque des sociétés familiales. Chaque famille ayant une société voulait conserver cet héritage en le laissant aux descendants. C'est pourquoi d'ailleurs la fusion était loin d'être envisagée par les sociétés pour réorganiser leur structure. De même, les sociétés de cette époque étaient de petite et moyenne taille. C'est-à-dire, ces sociétés avaient presque la même capacité financière ; il n'y avait pas des grandes sociétés pouvant absorber d'autres sociétés dans le but de restructurer leur système juridique. Par voie de conséquence, la Syrie ne connaissait pas à l'époque de la loi de 1949 les opérations de fusion.

En l'absence du régime juridique organisant les opérations de fusion, était-il permis aux sociétés intéressées d'envisager les techniques de fusion en pratique.

²³⁶ L'article 308-1 du Code de commerce applicable aux SARL renvoie aux dispositions de l'article 275 du même Code, qui s'applique aux SA, qui dispose que le Ministère du commerce intérieur peut nommer à tout moment un commissaire aux comptes pour vérifier les comptes et les registres de la société concernée. Ainsi, le Ministère peut prendre des décisions et des instructions permettant de mettre en œuvre les dispositions de la loi auxquelles les sociétés doivent être soumises. De plus, en cas de ne pas convoquer l'AGE à une réunion par le conseil d'administration de la société intéressée, le Ministère peut convoquer l'AGE à une réunion dont les frais pèsent sur la charge de la société en cause.

²³⁷ J. Alhakeem, préc, n° 42, p. 46.

²³⁸ J. Alhakeem, préc, n° 34, p. 37.

B. L'applicabilité des techniques de fusion en pratique

77. On vient de voir que la loi de 1949 avait adopté un texte unique qui s'appliquait aux fusions de sociétés anonymes. Ce texte a apporté une règle générale relative à la fusion des SA sans en préciser l'étendue. C'est-à-dire que le législateur n'a pas mis en place des techniques permettant aux sociétés participant aux fusions de choisir la technique convenable à leur structure. Si on jette un œil sur le Code de commerce libanais qui a été repris aux années quarante par le législateur syrien, on constate que le législateur libanais avait adopté les deux procédés de fusion ; la fusion par absorption²³⁹ et la fusion par création d'une société nouvelle²⁴⁰. Mais puisque ces deux modalités de fusion existaient dans le Code du commerce libanais à l'époque de son adoption par le législateur syrien, pourquoi ce dernier ne les avait pas repris quand il a promulgué la loi n° 149 de 1949.

Il nous semble que le législateur syrien a pris en considération la situation politique et économique qui avait dominé le pays après l'indépendance de la Syrie le 17 avril 1946²⁴¹. Ainsi, la majorité des sociétés commerciales étaient des sociétés de personnes qui prenaient à cette époque la forme des sociétés familiales. Cependant, ces raisons peuvent-elles empêcher les sociétés de se rapprocher et de procéder à la restructuration de leur système ?

78. Avant toute chose, l'article 255-1 du Code de commerce avait donné aux sociétés anonymes la possibilité de procéder aux opérations de fusion entre elles. La loi de 1949 n'a pas accordé cette possibilité aux autres sociétés de capitaux et aux sociétés de personnes. En revanche, cette loi n'a pas prohibé ces sociétés d'avoir recours au procédé de fusion dans le but de se rapprocher et de fusionner. En d'autres termes, le législateur n'a pas expressément interdit les sociétés commerciales de réorganiser leur structure par le procédé de fusion. En effet, en application de la règle générale selon laquelle « tout ce qui n'est pas interdit est permis », on trouve qu'il n'y a aucun obstacle qui peut empêcher la réalisation des opérations de fusion.

²³⁹ Voir l'article 212 du Code de commerce libanais.

²⁴⁰ L'article 211-1 du Code de commerce libanais.

²⁴¹ La Syrie a connu neuf coups d'Etat durant la période entre son indépendance le 17 avril 1946 et l'arrivée du Hafez Alassad au pouvoir le 22 février 1971 : voir La Syrie dès l'indépendance jusqu'au pouvoir de Alassad, disponible sur le site www.ahwazstudies.org. En effet, le Syrie était déstabilisée politiquement et économiquement pendant 25 ans après l'obtention de son indépendance : voir Hafez Alassas, article publié sur ar.wikipedia.org.

Ensuite, la loi n° 149 de 1949 a été abrogée par la loi n° 33 du 27 novembre 2007 portant des modifications sur le Code de commerce. Cette dernière loi n'a pas apporté des règles juridiques organisant les opérations de fusion car le législateur aurait envisagé adopter un Code particulièrement destiné à régir les sociétés commerciales. Ce Code, a ramené des dispositions particulières applicables aux fusions, a été adopté par la loi n° 3 du 4 mars 2008 qui est entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008. De la même manière, la loi n° 33 du 27 novembre 2007 avait été entrée en vigueur le 1^{er} avril 2008. Or, le législateur syrien avait l'intention de faire entrer les deux lois en vigueur à la même date pour que le secteur de commerce soit entièrement pris par ses soins, et que les dispositions de ces deux lois soient en même temps à la portée des praticiens lorsqu'elles seront appliquées en pratique.

En résumé, depuis 2008, les opérations de fusion sont soumises aux règles juridiques permettant aux sociétés intéressées d'effectuer ce type de restructuration.

79. Conclusion de la section I. En droit syrien, la fusion a été entièrement oubliée par le législateur de 1949. Elle a vu la lumière en 2008 par l'adoption de la loi n° 3 du 4 mars 2008. Elle a été reprise par le nouveau Code des sociétés de 2011. Comme en droit français, cette opération de restructuration revêt deux formes : la fusion par absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Celui-ci a participé à l'inspiration du législateur syrien quant à l'adoption de ces techniques qui figurent en droit des sociétés français depuis 1966. Ce travail législatif doit toutefois être complété par un effort jurisprudentiel et doctrinal. La présence de la jurisprudence et la doctrine en matière de fusion est nécessaire pour développer le droit des sociétés syrien.

Toutefois, le nouveau Code des sociétés du 14 février 2011 subit toujours des lacunes dans ses dispositions en oubliant de prévoir certaines opérations proches de la fusion et qui sont nécessaires pour restructurer les sociétés commerciales.

Section II. La carence du droit syrien : l'absence de certaines opérations assimilées à la fusion

80. La fusion n'est pas le seul moyen auquel les sociétés peuvent recourir pour se rapprocher ou pour réorganiser. D'autres procédés viennent s'ajouter à la fusion permettant aux sociétés concernées de bénéficier des avantages, notamment fiscaux, proches de la fusion voire semblables à ceux de cette dernière. Certaines opérations, comme la fusion, se caractérisent par la transmission universelle du patrimoine de la société en cause, tel est le cas de la scission. De même, d'autres se traduisent par leur simplicité par rapport à la fusion, telle est l'hypothèse de la confusion de patrimoine.

Ces techniques sont nécessaires en droit des sociétés dans le fait qu'elles forment un arsenal juridique permettant aux sociétés intéressées de s'adapter en permanence aux tendances du marché. Cependant, le législateur syrien a tourné le dos à ces opérations où il est resté silencieux en pensant à en adopter certaines dans le Code des sociétés (§I). Par contre, il est possible de recourir à la transformation, comme mode de restructuration, lorsque les sociétés en cause désirent changer leur forme juridique. Mais la question de la transformation de la société absorbée en matière de fusion demeure controversée. L'assimilation de la fusion à la transformation est contestable (§II).

§I. La restriction du droit syrien quant aux opérations assimilées à la fusion

81. Dans un monde qui évolue du jour au lendemain, les entreprises doivent s'adapter aux changements économiques, sociaux et juridiques. Ce changement se présente comme une nécessité d'adaptation pour la vie quotidienne des entreprises qui doivent s'acclimater aux pressions et aux contraintes du marché. De ce fait, emportant des conséquences sur la structure de la société, son activité et son organisation sociale, les opérations de restructuration offrent aux sociétés la possibilité de s'adapter à ces tendances. Les opérations de restructuration visent une situation de croissance d'une société ainsi que son adaptation à une situation de détresse financière. Cela revient à dire que les restructurations auront pour conséquence d'augmenter ou réduire la composition du capital social de la ou des sociétés intéressées ; la scission, l'apport partiel d'actif et la confusion de patrimoine en sont une illustration.

Dans ces conditions, il paraît important voire nécessaire que le législateur syrien envisage ces opérations dans un contexte juridique. Mais, le législateur syrien reste toujours silencieux à propos des opérations assimilées à la fusion. En effet, notre droit des sociétés méconnaît les opérations, alternatives à la fusion, réputées importantes dans le système juridique d'un pays. Cette restriction du droit syrien se traduit par son inattention à l'importance des opérations de restructuration. Or, l'oubli du régime de scission (A.), le défaut des dispositions régissant l'apport partiel d'actif (B.) et l'hésitation à propos de la reconnaissance de confusion de patrimoine (C.) font une véritable démonstration.

A. L'omission de l'opération de scission : une faute injustifiée du législateur

82. La scission est l'opération par laquelle le patrimoine d'une société se divise en plusieurs fractions transférées à deux ou plusieurs sociétés²⁴². C'est donc le contraire de la fusion. La société scindée est dissoute et transmet les différentes parts composant son patrimoine à des sociétés nouvelles créées à cet effet ou à des sociétés préexistantes. Dans la première hypothèse, l'opération se traduit par la distribution de l'énorme activité d'une société à des petites sociétés plus spécialisée. Quant au transfert du patrimoine de la société en cause à des sociétés préexistantes, la scission se caractérise par la division de l'activité d'une société ayant plusieurs domaines entre sociétés plus compétentes et spécialisées dans ces domaines²⁴³.

En effet, la scission assimile à la fusion dans le cas de transmission universelle du patrimoine de la société scindée au profit de plusieurs sociétés. Ainsi, les deux opérations de restructuration ont pour conséquence la dissolution sans liquidation de la société en cause. Finalement, comme dans la fusion, les associés de la société scindée deviennent associés des sociétés bénéficiaires et reçoivent, en contrepartie, des nouveaux titres de ces dernières pour rémunérer leur participation dans leur ancienne société²⁴⁴.

Néanmoins, l'opération de scission est totalement absente dans le nouveau Code des sociétés syrien. La loi de 2011 n'a même pas envisagé un texte permettant aux sociétés,

²⁴² J. Alhakeem, préc, n° 290, p. 250.

²⁴³ J. Alhakeem, préc, n° 290, p. 250.

²⁴⁴ H. Alsagheer, préc, p. 100 et s.

lorsqu'elles le désirent, de scinder en plusieurs fractions²⁴⁵. En l'absence de dispositions régissant la scission, on voit, à notre avis, que, puisque le législateur n'a pas interdit ce genre d'opération, une société peut se scinder en transférant l'intégralité de son patrimoine actif et passif à plusieurs sociétés préexistantes. En plus, elle peut transmettre l'ensemble des éléments composant son patrimoine à des nouvelles sociétés qu'elle crée à l'issue de la scission. Ainsi, selon le principe « tout ce qui n'est pas interdit est autorisé », rien n'empêche la société de procéder à la scission comme une opération de restructuration.

83. En outre, la réalisation de cette opération exige une modification des statuts de la société concernée, ce qui entre dans la compétence des associés ou de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires²⁴⁶. En revanche, la loi égyptienne n° 203 du 19 janvier 1991 relative aux sociétés du secteur public a donné à ces dernières la possibilité de diviser leur patrimoine entre deux ou plusieurs sociétés²⁴⁷. Il en ressort que cette solution peut être transposée aux sociétés du secteur privé.

Au demeurant, le fait, d'avoir oublié la scission, par le législateur, n'exige pas beaucoup de complexité pour rendre les opérations de scission légitimes. La solution est simple : il suffit que le législateur procède à soumettre ces opérations au régime de fusion comme l'a fait le législateur français. Cette légitimité de scission confère, d'un côté, la protection aux actionnaires et aux créanciers sociaux et établit, d'un autre côté, la responsabilité solidaire des sociétés bénéficiaires de la scission des engagements de la société scindée.

L'absence des opérations de restructuration dans le droit syrien des sociétés ne se borne pas seulement à la scission, l'apport partiel d'actif fait aussi l'objet de cette négligence législative.

²⁴⁵ Tel est aussi le cas la loi égyptienne n° 159 de 1981, le Code de commerce libanais de 1942 et la loi jordanienne n° 74 de 2002.

²⁴⁶ H. Almasry, préc, n° 42, p. 70.

²⁴⁷ Voir l'article 36 de la loi n° 203 du 19 janvier 1991 précise que les sociétés du secteur public peuvent être scindées par décision du Premier Ministre. Ainsi, l'article 39-4 de la même loi ajoute que la société du secteur public se dissout par la fusion ou la scission.

B. La méconnaissance de l'apport partiel d'actif

84. Il y a apport partiel d'actif lorsqu'une société apporte à une autre une partie importante des éléments composant son actif moyennant la réception des titres au sein de la société bénéficiaire de l'opération²⁴⁸. Au contraire de la situation de la société absorbée dans la fusion, la société apporteuse dans l'apport partiel d'actif conserve donc toujours le reste de son patrimoine ainsi que son existence juridique. Par conséquent, cette opération a pour effet d'augmenter le capital social de la société bénéficiaire²⁴⁹.

Toutefois, comme le cas de la scission, le droit syrien des sociétés n'a pas adopté des dispositions régissant l'apport partiel d'actif. Le législateur n'a donné aucune importance à cette technique de restructuration dont l'existence dans notre droit devient actuellement une nécessité. Elle permet de regrouper les efforts des groupes de sociétés sur la même branche d'activité dans des filiales communes. Inversement, l'apport partiel d'actif permet à la société aussi de filialiser une activité qui sera exercée par une entité sur laquelle elle peut exercer le contrôle de la société holding²⁵⁰. En contrepartie, la loi n° 34 du 24 décembre 2008 relative à l'immatriculation en Syrie des filiales, des agences et des succursales appartenant aux sociétés dont leur siège se trouve à l'étranger, a autorisé ceux-ci de fusionner avec une société syrienne. L'article 28-2 de cette loi oblige le directeur de la filiale ou de la succursale, lorsqu'ils sont apportés à une société syrienne, à présenter une déclaration au Ministère du commerce de l'économie pendant 60 jours à partir de la réalisation de l'apport. Par voie de conséquence, puisque le législateur n'a pas expressément prohibé cette opération de restructuration, il est possible de transposer ce texte en Code des sociétés en permettant à la société nationale d'apporter à une autre société une partie de son actif en maintenant son personnalité juridique. Autrement dit, le principe « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* » trouve aussi application en matière d'apport partiel d'actif.

85. Par ailleurs, on trouve que le législateur égyptien a adopté l'opération d'apport partiel d'actif dans l'article 130 de la loi n° 159 de 1981. En application des dispositions de cet article, l'apport partiel d'actif est soumis au régime des fusions. Or, cette opération de restructuration exige l'existence de deux éléments ; le premier concernant la nature de

²⁴⁸ H. Alsagheer, préc, p. 90.

²⁴⁹ J. Alhakeem, préc, n° 293, p. 251.

²⁵⁰ J. Alhakeem, préc, n° 293, p. 251.

l'apport partiel d'actif. Ce dernier doit porter sur une branche entière d'activité. A défaut, l'élément apporté à la société bénéficiaire est considéré comme apport en nature. En ce qui concerne le deuxième élément, les titres que la société apporteuse reçoit de la société bénéficiaire doivent être attribués aux actionnaires de celle-ci. Cela revient à dire que les actionnaires de la société apporteuse deviennent actionnaires de la société bénéficiaire de l'apport. Par contre, au contraire du droit français, l'attribution des titres sera au profit de la société apporteuse pas aux actionnaires de cette dernière²⁵¹. En plus, une autre différence entre le droit français et le droit égyptien réside dans le cas où la soumission de l'apport partiel d'actif au régime de scission relève, en droit français, de la volonté de la société en cause. En revanche, en droit égyptien, lorsque la société concernée a recours au mécanisme de l'apport partiel d'actif, elle est obligée de se soumettre au régime de fusion²⁵².

Par voie de conséquence, même si les dispositions du nouveau Code des sociétés syrien n'ont pas adopté l'opération d'apport partiel d'actif, la société peut recourir à cette opération de restructuration. En réalité, pour dépasser toute difficulté pouvant surgir, le traitement de cette question nécessite quand même l'intervention du législateur pour soumettre l'apport partiel au régime de fusion comme l'ont fait le législateur français et le législateur égyptien.

Plus intéressant est la question de la confusion du patrimoine. Lorsque le Code des sociétés autorise la création de la société unipersonnelle, une telle autorisation permet-elle de dissoudre la société unipersonnelle et de transmettre son patrimoine à son unique associé.

C. La possible application de la confusion du patrimoine

86. La création d'une société unipersonnelle à responsabilité limitée était strictement interdite en droit des sociétés depuis les années quarante²⁵³ jusqu'à la promulgation de la loi n° 29 du 14 février 2011 sur les sociétés commerciales. Cette loi a énoncé que « la société à responsabilité limitée peut être composée d'une seule personne intitulée la société unipersonnelle à responsabilité limitée »²⁵⁴. En droit des sociétés, la constitution de

²⁵¹ H. Alsagheer, préc, p. 92 et s.

²⁵² Dans ce sens, voir H. Almasry, préc, n° 41, p. 69.

²⁵³ La société doit être constituée par, au moins, deux personnes (art. 473 c. civ). A défaut, la société est réputée caduque, voir J. Alhakeem, préc, n° 53, p. 58.

²⁵⁴ Art. 55-2 du Code des sociétés.

l'entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) s'opère par deux moyens ; soit directement par une seule personne comme le prévoit l'article 55-2 du Code des sociétés, ou bien par la réunion de toutes les parts dans la main de l'associé unique. Cette dernière hypothèse n'est pas envisagée par la loi de 2011, mais, selon la règle « tout ce qui n'est pas interdit est autorisé », elle peut être appliquée en pratique²⁵⁵.

87. Par voie de conséquence, au regard de l'article 18-3 du Code des sociétés, la société peut être dissoute si les associés décident de mettre fin à celle-ci. Dans ce cas, l'associé unique de la société en cause peut dissoudre cette dernière en transférant à son profit l'intégralité du patrimoine actif et passif de la société dissoute. Bien naturellement, cette dissolution ne donne pas lieu à liquidation de la société concernée. En effet, la dissolution par confusion permet à l'associé unique de la société en cause de procéder à la dissolution sans liquidation de celle-ci. Grâce à cette technique, l'associé unique de la société intéressée peut recevoir le patrimoine à titre universel de la société dissoute dans ses éléments actifs et passifs. La dissolution-confusion constitue donc un mode de restructuration des sociétés dans la mesure où l'universalité du patrimoine de la société objet de l'opération est transmise à son associé unique. Dans cette optique, elle se rapproche avec la fusion qui entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et la dissolution sans liquidation de celle-ci. Cependant, pour rendre l'opération plus efficace et légitime, le législateur doit intervenir pour définir le paramètre de la dissolution-confusion. Il est possible, à titre d'exemple, de faire bénéficier la confusion de patrimoine d'un régime fiscal spécial, comme l'a fait le législateur français, ou, comme l'a fait le législateur syrien pour la fusion, d'une exemption d'imposition.

L'absence de ces opérations en droit syrien ne signifie pas que celui-ci est vide de procédés de restructuration. La transformation peut être présente lors de l'absorption par la société absorbante de la société absorbée. Mais la fusion ne peut pas être qualifiée de transformation de celle-ci. Les deux opérations sont différentes et l'assimilation de la fusion à la transformation est contestable.

²⁵⁵ Voir M. Batteeh, L'entreprise unipersonnelle en droit syrien, 2011, disponible sur le site 1legalcenter.com.

§II. De l'opposition de la fusion à la transformation de la société en cause

88. Les procédés de restructuration peuvent avoir pour conséquence d'affecter le patrimoine social de la société concernée ainsi que le changement de sa forme juridique. Ces conséquences ont pour effet d'apporter des modifications aux statuts des sociétés participant. La fusion et la transformation sont deux opérations qui peuvent être envisagées pour procéder à la restructuration des sociétés. La fusion peut impliquer la transformation de la société objet de l'opération, mais elle ne peut pas être qualifiée de transformation. Il est acquis que la transformation emporte la continuation de la personnalité morale de la société transformée **(B.)**. En effet, l'assimilation de la fusion à la transformation est critiquée **(A.)**.

A. La critique de l'assimilation de la fusion à la transformation

89. Il peut arriver que la forme sociale actuelle d'une société ne corresponde pas à son activité ou à ses perspectives dans l'avenir. Les associés peuvent opter pour une transformation de leur société²⁵⁶. Pour un passage d'une forme juridique à une autre. La transformation se présente donc comme un procédé de restructuration auquel les sociétés ont recours pour réorganiser leur structure²⁵⁷. Elle se rapproche de la fusion en ce qu'elle donne lieu à la continuité d'activité de la société transformée et à la modification des statuts, mais elle n'affecte pas la personnalité morale de celle-ci²⁵⁸. Cette opération ne doit pas être confondue avec la fusion. Le concours de qualification entre les deux opérations est apparu en droit français suite à l'absorption d'une société anonyme par une société par actions simplifiée. Il s'agissait de savoir si l'absorption d'un SA par SAS emporte-t-elle transformation de la société absorbée. Autrement formulé, la fusion de la SA doit-elle être approuvée par un vote unanime des associés, lequel est imposé par le législateur en cas de transformation en SAS²⁵⁹.

²⁵⁶ M. Saoudi, Le changement de forme juridique des sociétés à responsabilité limitée, 2^e éd. La maison du registre arabe, Egypte, 2000, p. 140.

²⁵⁷ La transformation se manifeste comme une « *modification des statuts qui permet à la société d'adapter sa structure à des besoins nouveaux* » (D. Roure, La transformation des sociétés, Thèse, Lyon III, 1993 : dans le même sens, voir aussi P. Le Cannu, La transformation des sociétés : Bull. Joly 2010. 389).

²⁵⁸ A. Alakeely, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la culture, Jordanie, 2007, p. 513 ; M. Faheem, La transformation des sociétés, 2^e éd. La maison des connaissances, Egypte, 1986, n° 16, p. 21.

²⁵⁹ Art. L. 227-3, C. com. Sur cette question, voir M. Germain et P.-L. Périn, SAS La société par action simplifiée,

90. Cette question a été traitée dans l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles rendu le 27 janvier 2005²⁶⁰. Elle a confirmé le jugement rendu le 18 mars 2003 par le Tribunal de commerce de Nanterre²⁶¹, en « considérant qu'une absorption n'emporte pas transformation de la société absorbée qui se trouve, au contraire, dissoute dès la décision de fusion »²⁶². Elle justifie que « considérant que la simple constatation qu'une telle opération revient à faire passer les actionnaires d'une société anonyme de type classique à une société par actions simplifiée sans leur consentement n'est pas de nature à rendre applicable les dispositions de l'article L. 227-3 du Code de commerce qui ne visent que la transformation et à rendre exigible, sur le fondement de ce texte, un vote unanime, ajoutant par là au pacte social de l'absorbée une condition supplémentaire que ne prévoit pas le texte auquel les appelants se réfèrent ; qu'il suit de là qu'une opération de fusion ne peut encourir la nullité en application de l'article L. 227-3 du Code de commerce ». Cet arrêt accrédite l'idée que la fusion-absorption n'est pas assimilable à la transformation et, par conséquent, la règle de l'unanimité ne trouve pas son application en matière de fusion. Comme relèvent certains auteurs, « *si on l'estime que l'unanimité est souhaitable en cas d'absorption d'une société par une SAS, c'est à la loi et non aux juges qu'il revient de poser la règle* »²⁶³. La fusion et la transformation sont donc deux opérations juridiquement distinctes ; la règle de l'unanimité est requise seulement en cas de transformation en SAS. Il n'y a pas un texte analogue dans l'hypothèse de la fusion-absorption. L'article 227-3 du Code de commerce ne peut pas être considéré comme principe général selon lequel « *nul ne pourrait devenir associé d'une SAS sans y avoir consenti* »²⁶⁴. De fait, la transformation est une opération juridique qui aboutit au changement de la forme sociale de la société. Si la fusion-absorption conduit au changement de forme sociale de la société absorbée, ce changement n'est qu'un effet parmi les autres conséquences de l'opération de fusion²⁶⁵. En effet, l'absorbée n'est pas transformée mais dissoute sans liquidation du fait de la fusion et son patrimoine est universellement transféré à

4^e éd. Joly Lextenso, 2010, n° 708, p. 445 ; H. Azarian, La société par actions simplifiée, 3^e éd. LexisNexis, 2012, n° 493, p. 3.

²⁶⁰ CA Versailles, 12^e ch., sec. 2, 27 janvier 2005, Cts Cassado c/ SAC Cofradim Résidences : Juris-Data n° 2005-266312.

²⁶¹ T. com. Nanterre, 3^e sect., 18 mars 2003.

²⁶² CA Versailles, 27 janv. 2007, préc.

²⁶³ Voir J.-J. Caussin, F. Deboissy et G. Wicker, obs. sous l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 24 février 2005, JCP E 2005, n° 1046.

²⁶⁴ A. Lienhard, D. 2005, AJ p. 716 ; C. Gavoty et P. Ullmann, L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée?, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 831.

²⁶⁵ D. Bert et T. Lakhdari, L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, D. 2005, n° 24.

l'absorbante²⁶⁶. En contrepartie, la transformation n'entraîne aucun effet à titre particulier, ni constitution d'un être moral nouveau²⁶⁷.

91. L'arrêt a été néanmoins cassé par la Haute juridiction. La Cour de cassation a apporté une solution totalement opposée à celle retenue par la Cour d'appel de Versailles en étendant l'exigence de l'unanimité à la fusion-absorption par une société par actions simplifiée. Dans son arrêt rendu le 19 décembre 2006, la chambre commerciale de la Cour de cassation explique que « attendu qu'aux termes de ce texte (l'article L. 227-3 du Code de commerce), la décision de transformation d'une société en société par actions simplifiée est prise à l'unanimité des associés, qu'il en est de même en cas de fusion-absorption d'une société par une société par actions simplifiée »²⁶⁸. La décision de la Haute juridiction vient transformer la règle spéciale d'un vote unanime en un principe général et obligatoire d'une SAS qui doit prédominer sur toutes les autres règles juridiques concurrentes. L'arrêt est à double tranchant. S'il vise à protéger les associés minoritaires²⁶⁹, peu importe que cette qualité résulte d'une opération de fusion-absorption ou de transformation²⁷⁰, il s'avère dissuasif pour plusieurs raisons. La solution assimile la transformation à la fusion quant à l'approbation de l'opération par les associés²⁷¹, alors que l'article L. 236-2 du Code de commerce pose une règle générale applicable à toutes les sociétés commerciales. Cet article dispose que les opérations de fusion « sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de ses statuts ». Cela revient à dire que la décision de fusion d'une société anonyme devant être prise à la majorité des deux tiers des associés²⁷². Par voie de conséquence, la Cour a donné, en l'espèce, à la fusion les mêmes effets pour les associés que la transformation. L'arrêt du 19 décembre 2006 reprend l'article L. 227-3 du Code de commerce, alors que les dispositions de cet article ne visent que l'opération de transformation. Il fait de l'exception de la règle de l'unanimité un principe

²⁶⁶ J.-J. Uettwiller, La fusion avec une SAS est-elle une transformation de société ?, Gaz. Palais, 2005, n° 104, p. 2.

²⁶⁷ M. Cauvin, La fusion-absorption d'une société par une SAS requiert désormais le consentement unanime de tous les associés, Pts. aff. 2007, n° 145, p. 14.

²⁶⁸ Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17802, Consorts Cassado et autre c. Société Cofradim et autres : Sct. com., Gaz. Pal. 2007, n° 172, p. 22.

²⁶⁹ En application de la règle « nul ne peut devenir associé d'une SAS sans avoir exprimé son accord ».

²⁷⁰ D. Bert, L'absorption par une SAS d'une société d'une autre forme requiert un vote unanime, 2006, disponible sur le site <http://danielbert.blogspirit.com>.

²⁷¹ Cette solution a été partagée par une partie de la doctrine. V. J.-P. Bouère, SAS, GLN Joly 1994, n° 162V ; A. Charvériat et A. Couret, La SAS, éd. F. Lefebvre 2001, n° 1340

²⁷² Voir l'article L. 225-96, al. 3 du Code de commerce qui dispose que l'assemblée générale extraordinaire, qui a la seule habilité de modifier les statuts, « statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés ».

incontournable régissant les procédés de restructuration à destination d'une SAS. De même, devenir un associé d'une société par actions simplifiée, par l'effet de fusion, n'emporte pas forcément une augmentation des engagements de celui-ci. Dans certaines hypothèses, les statuts d'une SAS ne comportent pas des clauses qui peuvent aggraver les engagements des associés²⁷³. Comme dit le professeur Alain COURET, « *le recours à l'alternative de la fusion n'était sans doute pas une bonne voie pour desserrer la contrainte légale* »²⁷⁴.

En somme, la fusion-absorption et la transformation sont deux opérations différentes non assimilables : la première porte sur deux ou plusieurs sociétés, alors que la deuxième ne concerne qu'une seule société²⁷⁵. Dans la fusion, la société absorbée n'a plus d'existence juridique au jour de sa dissolution et ne peut changer sa forme sociale. La Cour de Versailles relève « considérant qu'une opération de fusion-absorption a pour effet la transmission universelle du patrimoine de l'absorbée qui se trouve dissoute, sans liquidation, dès la plus tardive des assemblées générales extraordinaires approuvant la fusion, et qui est consécutivement radiée du registre du commerce ». En revanche, la transformation suppose la continuité de la personnalité morale de la société intéressée. La continuation de la personnalité morale de la société d'origine se distingue donc fondamentalement de l'absorption qui se caractérise par la disparition de la société absorbée.

B. La continuation de la personnalité morale de la société transformée

92. La technique de transformation s'analyse en une simple modification du pacte social de la société concernée ainsi que le maintien de la personnalité juridique de cette dernière. La personnalité juridique de la société amenée à se transformer survit et reste la même²⁷⁶. Traditionnellement, en droit français, le législateur n'avait pas énoncé que l'opération de transformation pouvait être réalisée sans perte de la personnalité juridique de la société.

²⁷³ Les engagements des associés sont augmentés lorsque les décisions prises « entraînent une aggravation de la dette contractée par eux envers la société ou envers les tiers » : Cass. civ, 9 février 1937 : D. 1937, p. 73, note A. Besson ; ou lorsqu'ils interdisent aux associés toute forme de concurrence envers la société : Cass. com., 26 mars 1996, n° 93-21250 : Rev. sociétés 1996, p. 604, note L. Godon.

²⁷⁴ A. Couret, préc.

²⁷⁵ Dans le même sens, voir M. Amawi, La transformation des sociétés, août 2011, p. 182, disponible sur le site www.amawi.info.

²⁷⁶ B. Dondero, Le sort des associés, des organes sociaux et des titres de la société transformée : Bull. Joly Sociétés 2010, n° 4, p. 400.

Puisque la transformation emportait des bouleversements très importants des statuts, elle équivalait à une dissolution suivie d'une reconstitution²⁷⁷. Toutefois, la jurisprudence a admis que la transformation a pour effet de subsister la personnalité juridique de la société transformée dans la mesure où elle est autorisée par la loi ou prévue par les statuts²⁷⁸. Désormais, la continuation de la personnalité morale de la société transformée est envisagée par loi. L'article 1844-3 du Code civil français et l'article 217 du Code des sociétés syrien consacrent ce principe. Les dispositions de ces articles confirment que la transformation d'une société en une société d'une autre forme n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle²⁷⁹. Les articles s'appliquent à toutes les transformations intéressant les sociétés civiles²⁸⁰ ou commerciales²⁸¹. En d'autres termes, le passage s'opère lorsqu'une société commerciale se transforme en une société civile ou l'inverse, ou bien lorsqu'une société commerciale prend la forme d'une société commerciale. De même, la Cour de cassation, dans ses arrêts du 7 mars et du 16 octobre 1984, a annulé les jugements favorables à l'administration fiscale en précisant que, conformément aux dispositions de l'article 1844-3 du Code civil, « la transformation régulière d'une société en une société d'une autre forme (quelle soit civile ou commerciale) n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle »²⁸².

93. Par voie de conséquence, la transformation est une opération de restructuration qui a pour effet de changer la forme sociale de la société transformée. Cette opération ne conduit pas à la dissolution de la société transformée qui demeure après la mise en œuvre de l'opération. La transformation n'entraîne aucun effet à titre particulier, ni constitution d'un être moral nouveau²⁸³. Cette conséquence ne trouve pas application en matière de fusion. La société absorbée n'est pas transformée mais dissoute sans liquidation du fait de la fusion et

²⁷⁷ Y. Guyon, préc., n° 571, p. 618.

²⁷⁸ Civ. 22 février 1937 : D.H., 1937, 251.

²⁷⁹ Voir aussi l'article L. 210-6 du Code de commerce français.

²⁸⁰ Voir l'article 7-7 du Code des sociétés syrien qui s'applique aux sociétés civiles.

²⁸¹ Toutefois, les sociétés en participation et les sociétés de fait sont exclues de champ d'application parce qu'elles sont dépourvues de la personnalité morale (en droit français, v. Rép. min. n° 4295, J.-Ch. Lagarde : JOAN Q, 5 févr. 2013, p. 1307. En droit syrien, v. Cass. com., 15 sep. 1957, n° 302, Rev. Avocats 1957, p. 545 ; Cass. com., 9 avr. 1965, n° 843, Rev. Avocats 1965, p. 526 ; voir également M.-F. Alareeny, Les sociétés commerciales : le projet commercial collectif, éd. La nouvelle univ. 2009, Egypte, n° 358, p. 391).

²⁸² Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-12432 : Bull. 1983, IV, n° 95 ; Cass. Com., 16 oct. 1984, n° 82-16558 : Bull. 1984, IV, n° 263 ; voir également Cass. civ., 3e ch. 2001 : Bull. civ. III, n° 153, p. 120 ; Cass. com., 6 décembre 2005, RTD com. 2006. 128.

²⁸³ M. Cauvin, La fusion-absorption d'une société par une SAS requiert désormais le consentement unanime de tous les associés, Pts. aff. 2007, n° 145, p. 14.

son patrimoine est universellement transféré à la société absorbante²⁸⁴. Cette dernière continue la personne de l'absorbée en recevant l'intégralité du patrimoine de celle-ci²⁸⁵. Il en ressort que la fusion est une cause de dissolution des sociétés, alors que la transformation ne l'est pas²⁸⁶. Cela confirme l'idée de la continuation de la personnalité morale de la société transformée et approuve que la fusion n'est pas transformation de la société concernée.

94. Conclusion de la section II. L'analyse des opérations de restructuration en droit des sociétés montre que le Code des sociétés manque à plusieurs opérations assimilées à la fusion. L'absence de la scission et de l'apport partiel d'actif en fait illustration. De la même manière, le régime de la fusion simplifiée n'a pas été prévu dans le nouveau Code des sociétés. Malgré cette carence législative, rien n'empêche d'appliquer ces procédés de restructuration en pratique. Cette solution trouve son fondement dans la règle « tout ce qui n'est pas interdit est permis ». Toutefois, ce principe n'est pas suffisant pour légitimer l'absence du régime juridique de ces opérations de restructuration. Pour cela, on doit inviter le législateur à adopter des dispositions particulières applicables à chaque procédé de restructuration. Le recours au droit français peut être un meilleur exemple pour participer à l'évolution du droit des sociétés syrien.

95. Conclusion du chapitre II. La fusion peut résulter, en droit syrien, soit de l'absorption d'une société par une autre, soit de la création d'une société nouvelle par des sociétés existantes. Deux procédés étant complètement omis par l'ancien législateur, le nouveau Code des sociétés a réussi finalement à les mettre en œuvre. L'adoption de ces techniques de fusion

²⁸⁴ J.-J. Uettwiller, La fusion avec une SAS est-elle une transformation de société ?, Gaz. Palais, 2005, n° 104, p. 2. Toutefois, Ce changement de forme juridique peut être une des conséquences de la fusion dans le fait que la société absorbante ou la société nouvelle issue de la fusion a une forme juridique qui n'est pas la même que celle de la ou des sociétés dissoutes (A. Ahmed, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 2003, p. 144 ; voir également R. Abdelhameed, Le traité du Code des sociétés du secteur public, 1^{er} éd. La maison de la renaissance arabe, 1998, Egypte, p. 43). La transformation se rapproche de la fusion en ce qui concerne les associés de la société transformée qui restent toujours associés au sein de la nouvelle entité adoptée (M. Alsharkawy, Les sociétés commerciales en droit égyptien, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 1986, p. 270). Aussi, les contrats du travail se transfèrent de plein droit, à la nouvelle forme de l'entité issue de la transformation et à la société absorbante, sans l'intervention de la volonté des parties (Y. Sarkhou, Le cadre juridique de la fusion des banques koweïtiennes, Rev. Droit, le Koweït, 1993, n° 4, p. 78).

²⁸⁵ Sur ce point, voir M. Jeantin, La transmission universelle du patrimoine d'une société, Litec, 1991, p. 287 ; O. Barret, A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, Dalloz, 1999, p. 109.

²⁸⁶ S. Alkalyoubi, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2011, n° 77 et 228, p. 128 et 341.

en droit syrien est le résultat d'un effort législatif après un recours au droit français. Ce dernier a participé à l'inspiration du droit syrien dans la promulgation des dispositions organisant les modalités de la fusion. Même s'il y a un manque de certaines opérations assimilées à la fusion, comme la scission et l'apport partiel d'actif, le droit syrien doit continuer à s'adapter avec ces opérations de restructuration. Dans cette optique, il faut inviter le législateur à adopter de tels procédés notamment que la pratique reçoit leur application. Cette solution ne devrait pas poser de difficultés dans la mesure où la fusion a été récemment adoptée en droit syrien. La transformation constitue également un procédé de restructuration étant jadis envisagé en droit des sociétés. Ces raisons permettent de faciliter la tâche du législateur en adoptant de dispositions propres à chaque mode de restructuration. À ce stade, il était nécessaire de démontrer l'utilité pratique du droit français en inspirant le droit syrien afin de combler ses lacunes textuelles.

Conclusion du titre I

96. La question relative à l'alignement du droit syrien sur le droit français paraît évidente quant aux techniques de fusion. Ce rapprochement se présente par l'existence de deux formes de fusion : la fusion-absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Ces deux procédés sont prévus dans le Code de commerce français et adoptés par le Code des sociétés syrien. Le droit français était primitif dans l'adoption des dispositions régissant les techniques de fusion. L'antériorité du droit français a participé à l'inspiration du droit syrien en la matière. Celui-ci a repris les mêmes formes de fusion envisagées en droit français. Cependant ce rapprochement est inachevé. Le droit français est plus riche que le droit syrien quant à l'adoption des opérations de restructuration assimilées à la fusion, telle est la scission et l'apport partiel d'actif. Cette diversité de droit français était un facteur très important pour le développement du droit syrien. Cela permet d'envisager les solutions proposées en droit français et d'adopter les procédés de restructuration dans le cadre du droit syrien. La doctrine syrienne devrait d'ailleurs participer à mettre en place ces techniques surtout que celles-ci sont assimilées à l'opération de fusion. En adoptant ces solutions, le droit syrien pourrait se rapprocher du droit français et rattraper le retard qu'il a eu en matière de restructuration de sociétés. La jurisprudence pourrait également participer à ce rapprochement en envisageant des solutions plus dynamiques et similaires à celles proposées en droit français.

Ces précisions concernant les modalités de fusion permettent de définir le cadre juridique de l'opération de fusion. Cette définition donne un éclairage aux modalités applicables aux fusions. Cet éclairage permet d'étendre l'alignement du droit syrien sur le droit français aux conditions applicables aux fusions. Mais, la question se pose de savoir à quel point le droit syrien assimile au droit français en matière de conditions applicables à l'opération de fusion.

TITRE II. LA CONVERGENCE ASSUMÉE DU DROIT SYRIEN ET DU DROIT FRANÇAIS QUANT AUX CONDITIONS APPLICABLES AUX FUSIONS

« Le besoin d'une activité contractuelle propre à la société donna une impulsion déterminante pour la reconnaissance de la personnalité morale des sociétés »²⁸⁷

²⁸⁷ C. Prieto, La société contractante, préf. J. Mestre, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1994, n° 2, p. 9.

97. Afin qu'une fusion puisse se réaliser, elle doit être effectuée conformément aux dispositions instaurées par le législateur à cet effet. La mise en œuvre de la fusion doit respecter plusieurs conditions prévues en droit des sociétés. L'identification des conditions applicables à une opération de fusion n'est pas en soi un problème. Ces conditions existent aussi en droit syrien qu'en droit français. Elles ne sont pas différentes : celles qui sont prévues en droit syrien des sociétés sont similaires à celles-ci figurant au droit français des sociétés. Mais, elles sont moins évidentes dans le premier que le second. Sans ces conditions, l'opération de fusion ne peut pas avoir lieu dans la mesure où elles préparent ou précèdent celle-ci. En d'autres termes, la réalisation de la fusion est en fonction de conditions qui y doivent être appliquées. La mise en évidence de ces conditions permettra alors d'expliquer l'étendue de la convergence du droit syrien et du droit français en matière de fusion.

Il pourra être démontré que ces conditions constituent le fondement de l'opération de fusion. Comme toute opération de restructuration, les sociétés participantes à la fusion sont soumises aux conditions de fond (**Chapitre I**), à savoir qu'elles connaissent, par exception, un flux et reflux entre le droit syrien et le droit français. Dans la même optique, même si elles sont plus structurées en droit français qu'en droit syrien, des conditions de forme doivent être respectées, lors de la réalisation de la fusion, par les sociétés parties à l'opération (**Chapitre II**).

Chapitre I. Les conditions de fond : flux et reflux.

**Chapitre II. Les conditions de forme : droit structuré et
droit bouleversé.**

CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE FOND : FLUX ET REFLUX

98. Les conditions de fond passent par deux étapes : la première relative aux conditions de base, ainsi que la deuxième concernant les conditions spécifiques. Quant aux conditions de base, le droit français se met en accord avec le droit syrien des sociétés à propos de conditions concernant les parties aux opérations de fusion. Cependant, la convergence du droit syrien et du droit français en matière de conditions de base (**Section I**) ne vaut pas pour les conditions spécifiques. À ce stade, le droit français est plus précis et détaillé que le droit syrien en matière de conditions spécifiques (**Section II**) notamment en ce qui concerne l'évaluation des sociétés parties à l'opération de fusion.

Section I. La similitude du droit syrien et du droit français quant aux conditions générales de l'opération de fusion

99. Le droit français et le droit syrien ont un point de vue commun sur les conditions d'une opération de fusion. A cet effet, deux conditions de base peuvent constituer le fondement sur lequel s'appuie la réglementation de fusion. Tout d'abord, des conditions relatives aux sociétés concernées (§I), et ensuite, des conditions concernant les associés des sociétés parties (§II).

§I. Les conditions liées aux sociétés participant aux fusions

100. Ces conditions se caractérisent, en premier lieu, par l'existence d'au moins deux sociétés participant à l'opération de fusion (A.) et, en second lieu, dans l'exigence que ces sociétés soient dotées de la personnalité morale (B.).

A. L'exigence de l'existence d'au moins deux sociétés

101. Naturellement, la fusion implique l'intervention de plusieurs sociétés qui participent à l'absorption d'une société par une autre ou la création de nouvelle entité. Cette opération nécessite donc l'existence d'au moins deux sociétés pour qu'elle soit valide. La similitude du droit français et du droit syrien quant à ce type de conditions nécessite quand même d'envisager le cas du droit français (1°) séparément du droit syrien (2°).

1° Le cas du droit français

102. Lors de toute opération de fusion, la société objet de l'opération disparaît et transmet l'universalité de son patrimoine à la société nouvelle ou absorbante. En contrepartie, les associés de la société apporteuse reçoivent des droits sociaux de la société bénéficiaire de

l'opération. En effet, la fusion ne peut pas avoir lieu sans l'existence d'au moins deux sociétés participant à l'opération envisagée²⁸⁸. Autrement dit, au contraire de la scission qui suppose l'existence d'une seule société scindée, la fusion ne peut être effectuée qu'entre deux ou plusieurs personnes morales distinctes²⁸⁹. Cette condition résulte des dispositions de l'article L. 236-1 alinéa 1 du Code de commerce indiquant que « une ou plusieurs sociétés peuvent, par voie de fusion, transmettre leur patrimoine à une société existante ou à une nouvelle société qu'elles constituent ». Dans le même sens, la Cour de cassation a confirmé cette condition dans son arrêt du 28 janvier 1946 : « le terme fusion suppose la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société nouvelle »²⁹⁰.

Par voie de conséquence, l'opération de fusion ne peut pas être concevable lorsqu'on est en présence de deux personnes physiques. Il faut donc l'intervention d'au moins deux sociétés pour dire qu'on est en présence d'une fusion. La condition concernant l'existence de deux sociétés n'est qu'un minimum ; « le nombre de sociétés pouvant intervenir dans une opération de fusion n'est en effet pas limité »²⁹¹.

Il en résulte que la transmission universelle du patrimoine, par voie de fusion, ne peut avoir lieu qu'entre deux personnes morales distinctes. Il en va de même pour le droit syrien des sociétés.

2° L'hypothèse du droit syrien

103. La fusion est un moyen permettant de réaliser les opérations de concentration économique entre, d'une part, les sociétés syriennes elles-mêmes et entre, d'autre part, ces dernières et les autres sociétés arabes²⁹². Pour effectuer l'intégration économique, la fusion se

²⁸⁸ Fusions et opérations assimilées, article publié le 12 septembre 2012 sur le site bofibo.impots.gouv.fr ; voir aussi Ellyside, Fusions de sociétés, scissions de sociétés et apports partiels d'actif, disponible sur le site www.doc-etudiant.fr, 2009, p. 1.

²⁸⁹ B. Ferrand, Cours de droit des sociétés, Université d'Ivry-Val d'Essonne, 2008-2009, p. 63.

²⁹⁰ Cass. com., 28 janvier 1946, préc.

²⁹¹ M. Chadeaux, préc, n° 7, p. 22.

²⁹² H. Almasry, préc, n° 37, p. 63.

présente comme une technique permettant de rapprocher les entreprises intéressées. Ce rapprochement s'opère par l'intervention d'au moins deux parties exprimant la volonté des sociétés désirant fusionner²⁹³.

En effet, il faut au moins que deux personnes morales participent à ce type d'opérations de restructuration. Or, la fusion ne peut avoir lieu qu'entre au moins deux sociétés désirant fusionner²⁹⁴. Comme le législateur français, le nouveau Code des sociétés syrien a consacré cette condition en soulignant sur la nécessité de l'existence, au moins, de deux sociétés dans les opérations de fusion. L'alinéa 2 de l'article 218 de la loi n° 29 de 2011 prévoit que : « la fusion se fait soit par l'absorption d'une société par une autre où la société absorbée est dissoute et transmet son patrimoine au profit de la société absorbante, soit par la constitution d'une nouvelle société où les deux sociétés sont dissoutes et transmettent leur patrimoine à la nouvelle société ».

Par conséquent, la fusion ne peut être effectuée qu'entre personnes morales et ne peut pas être imaginable entre personnes physiques car ces dernières ne prennent pas la forme d'une société. De même, les sociétés participant aux fusions peuvent être nombreuses : la présence de deux sociétés n'est qu'un minimum. En effet, le nombre des sociétés pouvant participer aux fusions n'est pas limité.

Par ailleurs, la présence d'au moins deux sociétés dans une opération de fusion n'est pas une condition unique, la personnalité morale des sociétés participant fait l'objet d'interrogation. Autrement dit, la question se pose de savoir si la fusion concerne toutes les sociétés ou seulement les sociétés dotées de la personnalité morale.

B. L'exigence de la jouissance de la personnalité morale

104. La réalisation d'une opération de fusion n'est pas concevable sans l'intervention d'au moins deux sociétés dotées de la personnalité morale. La jouissance de la personnalité juridique des sociétés parties s'impose comme condition nécessaire, en droit français (1°) et en droit syrien (2°), pour que la fusion soit juridiquement valable.

²⁹³ E. Nassef, préc, p. 224.

²⁹⁴ F. Basbouss, préc, p. 39.

1° En droit français

105. A priori, puisque la personne morale n'est pas exposée à la même mort que la personne physique, elle peut faire l'objet d'une opération de restructuration, tel est le cas d'une fusion. Néanmoins, pour que la société puisse participer à une opération de fusion, elle doit jouir de la personnalité juridique. Cette condition résulte des dispositions des articles L. 236-1 du Code de commerce et 1844-4 du Code civil. Ces textes précisent qu'une société peut transmettre son patrimoine à une autre société existante ou à une société nouvelle.

La distinction entre les sociétés réside dans le cas où la loi sur les sociétés commerciales oppose les sociétés dotées de la personnalité morale à celles dépourvues de cette caractéristique²⁹⁵. Conformément aux dispositions des articles L. 210-6 du Code de commerce et 1842 du Code civil, la société ne jouit de la personnalité morale qu'à partir de son immatriculation au Registre de commerce et des sociétés. En effet, la société ne devient une personne morale qu'après l'accomplissement de cette formalité²⁹⁶. Lorsque la société jouit de la personnalité morale, elle peut être partie dans une fusion. Néanmoins, l'absence d'immatriculation n'entraîne pas la nullité de la société concernée, cette dernière est seulement dépourvue de la personnalité morale²⁹⁷.

106. Inversement, les sociétés non dotées de la personnalité morale ne peuvent pas intervenir aux fusions. En conséquence, la société en formation ne peut pas participer à une opération de fusion car elle ne jouit pas de la personnalité morale²⁹⁸. De plus, la réalisation d'une opération de fusion est soumise à l'approbation de l'assemblée générale des associés qui n'a pas d'existence dans ce type de sociétés²⁹⁹. Il en va de même pour les sociétés en participation³⁰⁰ et créées de fait³⁰¹. Celles-ci sont également dépourvues de la personnalité

²⁹⁵ J. Malherbe, Y. Cordt, Ph. Lambrecht et Ph. Malherbe, *Droit des sociétés*, éd. Bruylant, 3^e éd. 2009, Bruxelles, n° 418, p. 199.

²⁹⁶ Voir D. Vidal, *Droit des sociétés*, éd. Lextenso, 7^e éd. 2010, n° 82, p. 68 ; A. Juan, *Naissance et vie de personne morale d'une société*, 2011, disponible sur le site www.le-droit-des-sociétés.fr.

²⁹⁷ Cass. com., 4 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 203 ; en ce sens, voir J. Mestre, M.-E. Pancrazi, I. Arnaud-Grossi, L. Merland et N. Tagliarino-Vignal, *Droit commercial-Droit interne et aspects de droit international*, 29 éd. L.G.D.J Lextenso éd. 2012, n° 360, p. 315.

²⁹⁸ Cass. 1^{er} civ., 12 juill. 2005, n° 03-19321, Bull. civ. 2005, I, n° 323, p. 267.

²⁹⁹ La reprise des actes passés par les fondateurs de la société en formation aura lieu, après son immatriculation, par une décision prise à la majorité : Cass. com., 13 déc. 2011, n° 11-10699. Il en résulte, après l'immatriculation de la société en formation, il faut la réunion des associés en assemblée générale pour statuer sur la reprise des actes.

³⁰⁰ Art. 1871, C. civ ; voir aussi Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-13202, F-P+B, Sct Eiffage construction Îl-de-

morale. Or, la fusion ne peut pas s'opérer entre une de ces sociétés avec une des sociétés de personnes ou de capitaux.

En revanche, au contraire du droit français, on trouve que le législateur européen a clairement précisé que la société pouvant participer aux fusions internationales doit jouir de la personnalité juridique. La dixième directive n° 2005/56/CE explique qu'une société de capitaux peut être partie dans une opération de fusion transfrontalière « avec un capital, jouissant de la personnalité juridique, possédant un patrimoine séparé qui répond à lui seul dettes de la société ... »³⁰².

En tout état de cause, la possibilité de participer aux fusions est seulement ouverte aux sociétés dotées de la personnalité morale, ce qui est aussi le cas pour le droit syrien.

2° En droit syrien

107. La fusion ne peut pas avoir lieu sans l'existence de certaines conditions liées aux sociétés en cause. Ces dernières doivent jouir de la personnalité juridique. Cette condition est logique car la société peut effectuer tous les actes juridiques au moment où elle a sa personnalité morale³⁰³. En application des dispositions des articles 13-1 du Code des sociétés et 474 du Code civil, la société jouit de la personnalité morale à partir de son immatriculation au Registre des sociétés. Ainsi, puisque la fusion se réalise entre au moins deux sociétés, il faut que celles-ci soient dotées de la personnalité morale. Dans ce sens, en l'absence de la jurisprudence syrienne en matière de fusion, la Cour de cassation égyptienne a eu l'occasion d'abordé cette question. Elle a jugé que la fusion peut être effectuée entre les sociétés dotées de la personnalité morale³⁰⁴.

France Paris c/ Société Le Crédit Lyonnais LCL, JurisData 2008-043989, note R. Mortier, Droit des sociétés, n° 10, 2008, comm. 201 ; D. Robine, Désignation d'une SEP en qualité de débitrice principale dans un cautionnement, Bull. Joly Sociétés, 2010, n° 11, p. 864, note sous Cass. com., 6 juill. 2010, n° 09-68778 (n° FSPB), Banque populaire du Sud.

³⁰¹ Art. 1873, C. civ ; B. Dondero, Exécution du jugement condamnant un fantôme, Bull. Joly Sociétés, 2008, n° 11, p. 866, note sous Cass. 2^e civ., 22 mai, 2008, n° 07-16855 (n° 820 FSP).

³⁰² Art. 2, point 1), a), de la dixième directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005.

³⁰³ B. Saleh et A. Alghazawi, Les sociétés commerciales, éd. Université Almawsel, l'Iraq, 1989, p. 352.

³⁰⁴ Cass. com, égp., 19 avr. 1976, préc.

Par conséquent, la fusion exige que les sociétés en présence soient juridiquement existantes et dotées de la personnalité morale. Or, les sociétés en participation ne sont pas concernées par les opérations de fusion. La loi sur les sociétés commerciales a excepté la société en participation des sociétés jouissant de la personnalité morale³⁰⁵. Toutefois, lorsque la société en participation révèle son caractère occulte, elle devient une personne morale ayant un patrimoine social autonome et un siège social. De ce fait, elle doit procéder à son immatriculation au RS³⁰⁶. Elle peut en effet intervenir dans une opération de fusion.

108. Quant à la société en formation, une partie de la doctrine voit que celle-ci peut être l'objet d'une opération de fusion. Ces auteurs s'appuient sur le fait que la loi oblige les fondateurs de la société en formation à procéder à certaines formalités notamment celles-ci concernant l'ouverture d'un compte, au nom de la société, auprès d'une banque³⁰⁷. Cependant, on, à notre avis, ne partage pas cette partie car la fusion est une convention, qui passe ultérieurement par plusieurs étapes, dont la réalisation est soumise à l'approbation de l'assemblée générale compétente. La société en formation n'a pas en revanche, en l'absence de l'assemblée générale, la compétence pour trancher la fusion. Donc, la société en formation n'est pas encore immatriculée au RS³⁰⁸. Il en découle que cette opération de fusion impliquant deux ou plusieurs sociétés ne peut pas se réaliser qu'entre les sociétés dotées de la personnalité morale dont la société en formation ne fait pas partie.

La réalisation d'une opération de fusion ne s'arrête pas aux seules conditions relatives aux sociétés participant. Des conditions liées aux associés viennent compléter les conditions de base nécessaires pour effectuer la fusion.

³⁰⁵ Voir l'article 3-5, C. sociétés.

³⁰⁶ La Cour de cassation a jugé que la société en participation qui révèle son caractère occulte prend, en l'absence ou dans le silence des statuts, la forme d'une société en nom collectif ; voir Cass. com., 20 avr. 1964, La Rev. Avocats, 1964, n° 30, p. 13.

³⁰⁷ Sur cette question, voir M. Esmael, La fusion en droit des sociétés jordanien, Rev. Univ. Mo'atah, La Jordanie, Tome I, 1986, p. 125.

³⁰⁸ Art. 13-3, C. soc.

§II. Les conditions liées aux associés

109. Les conditions de base relatives aux associés sont nécessaires pour que la fusion ait lieu. Deux conditions de base sont mises en œuvre pour constituer la base sur laquelle s'appuie la réglementation de la fusion. La première condition réside dans le cas où l'ancien associé ne doit pas quitter sa société (A.), alors que la deuxième concerne l'augmentation des engagements de l'ancien associé (B.). Autrement dit, il faut que l'opération de la fusion ne conduise pas à augmenter les engagements de l'associé.

A. Interdiction d'exclusion de l'ancien associé : la permanence de la qualité d'associé

110. La fusion ne doit pas conduire à obliger l'ancien associé de la société dissoute à quitter sa société. Cet associé a le droit de rester au sein de la société bénéficiaire de la fusion. Cette obligation imposée aux sociétés parties doit être envisagée en droit français (1°) parallèlement au droit syrien (2°).

1° Affirmation de la permanence de la qualité d'associé en droit français

111. En droit des sociétés, l'associé a, en principe, le droit de rester dans la société dont il fait partie. En application de ce principe, il est interdit d'évincer l'associé contre son gré³⁰⁹. Le principe de l'interdiction de l'exclusion de l'associé a été affirmé en 1996 par la Haute juridiction en jugeant que « aucune disposition légale ne donne pouvoir à la juridiction saisie d'obliger l'associé (...) à céder ses parts à cette dernière (la société) et aux autres associés qui offrent de les racheter »³¹⁰. Le droit de l'associé de demeurer dans la société est donc un droit fondamental et personne ne peut l'atteindre³¹¹. De même, le juge de fond ne peut, en l'absence de texte³¹² ou de clause statutaire³¹³, décider l'exclusion de l'associé hormis les cas

³⁰⁹ M. Cozain, A. Viandier et F. Deboissy, préc, n° 362, p. 209.

³¹⁰ Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813, Bull. 1996, IV, n° 86, p. 71.

³¹¹ S. Dariosecq et N. Métais, Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés : Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 893.

³¹² On peut citer par exemple le cas des sociétés à capital variable. Dans ce type de sociétés, le texte de l'article

prévus par la loi ou les clauses statutaires.

112. En droit de fusion, dès que l'opération de fusion a lieu, la société apporteuse de patrimoine disparaît au profit de la société réceptrice ou de la société nouvelle créée à cet effet. Or, cette restructuration affecte la situation des associés de la ou des sociétés objet de la fusion. De même, puisque la fusion peut avoir comme conséquence le changement de forme juridique de la société dissoute, cela ne doit pas entraîner la remise en cause des droits des associés des sociétés absorbées.

En effet, chaque associé a le droit de garder son statut comme associé et rien ne l'oblige à quitter la société. Pour l'associé, la fusion n'entraîne qu'une modification des statuts de la société dont il fait partie. Il continue, par la suite, à participer à la société nouvelle ou absorbante. Par conséquent, les associés de la ou des sociétés absorbées ne restent plus des associés de ces dernières mais deviennent associés de la société nouvelle ou absorbante³¹⁴. En fait, grâce à cette technique de concentration, les anciens associés reçoivent en contrepartie des titres dans des proportions conformes à la parité retenue pour cette opération. Dans ce sens, l'article L. 236-1, alinéa 1 du Code de commerce dispose que « les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine (...) reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires (...) ».

En conséquence, l'opération de fusion ne doit pas aboutir à l'exclusion de l'associé de son ancienne société. Celui-ci a un droit consacré par la jurisprudence interdisant son exclusion contre son gré, et il n'est pas obligé à quitter son ancienne société du fait de la fusion. Cette condition de respecter le désir de l'associé de rester dans sa société s'applique également en droit syrien.

L. 231-6 autorise expressément l'exclusion de l'associé dans le cas où « Il peut être stipulé que l'assemblée générale a le droit de décider, à la majorité fixée pour la modification des statuts, que l'un ou plusieurs des associés cessent de faire partie de la société ». Aussi, la loi autorise, dans l'article 1844-12 du Code civil, d'insérer dans les statuts de la société concernée une clause de rachat forcé des parts ou des actions de l'associé lorsque le vice du consentement ou l'incapacité de celui-ci peut entraîner la nullité de la société en cause.

³¹³ Tel est le cas d'insérer une clause permettant l'exclusion de l'associé qui ne respecte pas ses obligations surtout en cas de mésentente entre les associés qui peut paralyser le fonctionnement de la société ; H. Mastsopoulou, La dissolution pour mésentente entre associés : Rev. sociétés, 1998, p. 21 ; voir également P. Canin, La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés : Dr. sociétés, 1998, p. 4.

³¹⁴ M. Chadeaux, préc, n° 1610, p. 311.

2° Autorisation implicite du principe de permanence de la qualité d'associé en droit syrien

113. A priori, on ne peut pas exclure un associé de la société tant que cette dernière ne fait pas l'objet d'une dissolution. Ce principe trouve son origine dans le contrat qui lie l'associé à la société dans la mesure où l'associé constitue un élément essentiel de l'existence de la personne morale³¹⁵. En effet, l'associé peut rester dans la société tant que celle-ci demeure. Cependant, la loi a autorisé l'exclusion d'un associé lorsque ce dernier s'oppose à la prolongation de la société ou lorsque ses actes constituent un motif justifiant la dissolution de la société³¹⁶. Hormis ce cas, le juge ne peut pas prononcer l'exclusion d'un associé. Si les statuts comportent une clause autorisant la mise à l'écart d'un associé, cette clause est réputée caduque³¹⁷. Mais la question se pose de savoir si cette exclusion trouve-elle application en matière de fusion.

Lorsqu'une société se fait absorber par une autre, la première disparaît et transmet son patrimoine à la seconde. Il n'y aura pas donc une obligation imposée à l'associé de quitter sa société parce que les apports de sa société, auxquels il a participé par une part, sont transférés à la société bénéficiaire de l'opération. Les apports de l'absorbée ne disparaissent pas à l'issue de la fusion. Par voie de conséquence, les associés de cette société ne perdent pas leur qualité d'associés du fait de la fusion. Les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante et reçoivent en échange des nouveaux titres de cette dernière. L'attribution de ces nouveaux titres correspond à leur participation au sein de leur ancienne société³¹⁸. L'associé ne sera donc pas exclu lorsque sa société intervient dans une opération de fusion et demeure au sein de la société réceptrice du patrimoine de la société dissoute.

Par ailleurs, pour que les sociétés parties à la fusion réussissent à réaliser cette opération, il faut que celle-ci ne conduise pas à augmenter les engagements des associés des sociétés participant.

³¹⁵ Art. 473 du Code civil.

³¹⁶ Art. 499-1, C. civ. et art. 42-5, C. sociétés; sur ce point, voir aussi M. Sala, Les nouvelles dispositions dans le Code des sociétés, 2011, disponible sur le site syria-stocks.com.

³¹⁷ Voir J. Alhakeem, préc., n° 443, p. 353. Cependant, cette clause est autorisée dans les sociétés de personnes surtout que le tribunal peut, sur la demande d'un associé, prononcer la dissolution de la société lorsqu'un associé ne satisfait pas ses obligations (art. 498-1, C. civ.).

³¹⁸ F. Alareeni, préc., n° 382, p. 416.

B. Interdiction d'augmentation des engagements de l'ancien associé

114. L'associé est lié à la société par un contrat précisant ses droits et obligations selon lesquels il a accepté d'intégrer la société. Il sera en effet logique de ne pas modifier ses engagements en les diminuant ou les augmentant tant que la société vit sa vie sociale normale. Néanmoins, il peut arriver que cette société fasse l'objet d'une opération de restructuration, ce qui peut modifier les droits ou les obligations de l'associé. Dans ce cas, la mise en œuvre de cette restructuration doit en revanche faire l'objet des conditions. La fusion, comme mode de restructuration, ne doit pas aboutir à l'augmentation des engagements des associés lors de sa réalisation. L'étendue de l'augmentation des engagements des associés en droit français (1°) n'est pas complètement semblable à celle en droit syrien (2°).

1° L'étendue d'aggravation des engagements de l'associé en droit français

115. Lorsque l'associé adhère à une société, il connaît la nature et l'étendue de ses obligations, d'une certaine façon de dire, il connaît bien ses engagements. Ces engagements ne peuvent être étendus sans le consentement de l'associé concerné. En d'autres termes, les engagements d'un associé ne peuvent faire l'objet d'une augmentation contre son gré³¹⁹. Dans ces conditions, la loi a consacré le principe d'intangibilité des engagements des associés³²⁰. Cette règle ressort aussi d'un arrêt de principe de la Cour de cassation le 9 février 1937. Selon

³¹⁹ F. Rizzo, Le principe d'intangibilité des engagements des associés, RTD. Com 2000, p. 27.

³²⁰ Cette règle trouve son origine dans les dispositions de l'article 1836-2 du Code civil : « En aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ». Ce principe a été réaffirmé par les dispositions régissant les SARL et les SA : (L. Jobert, La notion d'augmentation des engagements des associés, Bull. Joly Sociétés, 2004, n° 5, p. 627). Quant aux premières, l'article L. 223-30, alinéa 5 du Code de commerce prévoit que « la majorité ne peut en aucun cas obliger un associé à augmenter son engagement social ». Concernant les secondes, l'article L. 225-96, alinéa 1^{er} du Code de commerce dispose que l'assemblée générale extraordinaire « ne peut toutefois augmenter les engagements des actionnaires (...) » : (J.-L. Navarro, Droit des sociétés. Le juge et l'associé, préface D. Gibrila, Hachette supérieure, 2010, p. 129). Il en résulte que les statuts de la société sont toujours susceptibles d'être modifiés à condition de ne pas aggraver les engagements d'un associé. Dans ces perspectives, l'assemblée générale extraordinaire ne peut augmenter les obligations d'un associé que par un vote unanime. A défaut, la procédure serait nulle. La Cour de cassation a jugé le 13 novembre 2003 que l'augmentation des engagements d'un associé « est une disposition d'ordre public, sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout associé » : (Cass. com., 13 novembre 2003, Bull. 2003, IV, n° 171, p. 188).

la Haute juridiction, « les engagements des actionnaires primitifs ne sont augmentés que si les dispositions prises par l'assemblée générale entraînent une aggravation de la dette, contractée par eux envers la société ou les tiers »³²¹. En clair, les décisions qui peuvent entraîner la diminution des droits des associés ne constituent pas une aggravation des obligations de ceux-ci, nécessitant leur consentement unanime³²². La diminution des droits des associés ne requiert par conséquent qu'une décision à la majorité et « n'équivaut donc pas à augmentation des engagements »³²³.

Le principe d'intangibilité des engagements des associés est également consacré en droit des fusions³²⁴. L'article L. 236-5 du Code de commerce dispose que « si l'opération projetée a pour effet d'augmenter les engagements d'associés ou d'actionnaires de l'une ou de plusieurs sociétés en cause, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité desdits associés ou actionnaires »³²⁵. Dans ces perspectives, la question se pose de savoir si la réalisation d'une fusion aurait pour effet d'augmenter les engagements des associés.

116. Au préalable, l'adhésion des nouveaux associés à la société bénéficiaire exige un agrément conformément aux dispositions légales ou aux clauses statutaires. Néanmoins, cette formalité ne s'applique pas aux associés de la société dissoute du fait de la fusion. En effet, le transfert universel de patrimoine pèse à la charge de la société absorbante ou nouvelle l'obligation d'accueillir ces nouveaux associés³²⁶. Mais il peut arriver qu'une société anonyme fasse l'objet d'une fusion par une société régie par la liberté contractuelle³²⁷, tel est le cas de la société par actions simplifiée. Dans cette hypothèse, les statuts de l'absorbante

³²¹ Cass. com., 9 février 1937, DP 1937, I, p. 73, note A. Besson ; voir également Cass. com., 22 octobre 1956, JCP 1956, II, n° 9678, note Bastian. Ainsi, une obligation de ne pas faire peut constituer une augmentation des engagements de l'associé. Par exemple, une clause statutaire imposant à l'ancien actionnaire de ne pas concurrencer ultérieurement la société peut aggraver les engagements de l'actionnaire. Selon la Cour de cassation, cette clause « porte une atteinte à la liberté du travail et du commerce, augmente les engagements de l'actionnaire, ne peut être décidée qu'à l'unanimité » : Cass. com., 26 mars 1996, n° 93-21250, Bull. civ, IV, n° 94, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 604, note P. Le Cannu, Rev. sociétés, 1996, p. 793.

³²² A. Albarian, Actualité jurisprudentielle 2010-2011, Droit commercial, Droit des sociétés commerciales, éd. Lamy, 2011, p. 26.

³²³ A. Lienhard, D. 2010, n° 39, p. 2578. Dans ce sens, la Cour de cassation a précisé dans son arrêt rendu le 26 octobre 2010 que la filialisation d'une partie des activités d'une société, qui diminue la participation d'un associé dans la société, n'entraîne pas augmentation des engagements de cet associé. La Cour a jugé « qu'une décision sociale de nature à priver les associés de leur intérêt à participer à la société ne constitue pas, en elle-même, une augmentation de leurs engagements nécessitant un consentement unanime » : (Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-71404, PB : JCP E 2011, n° 4, obs. F. Deboissy et G. Wicker).

³²⁵ M.-L. Brom, Fusion-absorption par une société par actions simplifiée, mémoire soutenu à l'Université Robert Schuman de Strasbourg, 2001-2002, p. 22.

³²⁶ Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc., n° 823, p. 926 et s.

³²⁷ Y. Guyon, Présentation générale de la SAS, Rev. sociétés 1994, n° 7, p. 207 ; H. Hovasse, Bientôt « La société par actions très simplifiée », Dr. sociétés 2008, p. 6.

peuvent comporter des clauses inconnues des associés de l'absorbée³²⁸. Ces clauses qui sont en général lourdes et pénibles pour les associés de l'absorbée, nécessitent-elles la décision unanime de ceux-ci ?

Pour répondre à cette question, prenons l'exemple de l'affaire Cofradim du 19 décembre 2006³²⁹. Dans cette affaire, Cofraidm, une SA de type classique, se fait absorber par Cofraidm Résidences, une SAS filiale de la première. Les actionnaires minoritaires de la société absorbée ont opposé à cette opération en prétendant que la fusion-absorption entraîne une aggravation de leurs engagements³³⁰. Les actionnaires s'appuient sur les dispositions de l'article L. 236-5 du Code de commerce pour annuler l'opération projetée. Ils prétendent que la réalisation de l'absorption aurait dû décidée par un accord unanime de tous les actionnaires. La Cour d'appel de Versailles³³¹ énonce que l'adhésion d'un associé à une société d'une autre forme ne constitue pas aggravation des engagements de celui-ci. Elle motive sa décision en considérant que l'article L. 236-2 du Code de commerce édicte « que les opérations de fusion peuvent être réalisées entre des sociétés de forme différente et qu'elles sont décidées, par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification de leurs statuts ». Ainsi, après une vérification du rapport d'échange approuvé par les sociétés en cause, les juges Versaillais constatent que la fusion-absorption « ne se traduit par aucun engagement pécuniaire nouveau, le montant des apports initiaux demeurant inchangé ». Pour ces raisons, la Cour d'appel décide que « la diminution des droits des actionnaires ne constitue pas, en principe, une augmentation des engagements de ceux-ci »³³².

117. Toutefois, la Cour de cassation a pris cette affaire en version différente. Elle a soumis la réalisation d'une fusion-absorption d'une SA de type classique par une SAS au vote unanime des associés³³³. La Cour suprême décide que la présence d'une SAS dans une fusion présume augmenter irréfragablement les obligations des associés. L'adhésion donc d'un nouvel associé à une SAS est forcément préjudiciable à ce dernier³³⁴. Au-delà de la distinction

³²⁸ Par la clause d'agrément, la SAS peut soumettre l'entrée des nouveaux associés à un contrôle exercé par les associés de celle-ci : L. Tomasini, La société par actions simplifiée : une structure pour tous ? article publié le 11 mars 2012 sur le site www.creg.ac-versailles.fr, n° 11, p. 8. En effet, la SAS a une forte place pour l'intuitus personae et qui la rapproche de la société en nom collectif (SNC) : A. Morin, Intuitus personae et sociétés cotées, RTD Com. 2000, p. 299.

³²⁹ Cass. com., 19 déc. 2006, préc.

³³⁰ M. Cauvin, préc.

³³¹ CA Versailles, 27 janv. 2005, préc.

³³² Voir D. Bert et T. Lakhdari, préc, p. 8.

³³³ B. Thullier, Chronique de jurisprudence commerciale (CJ), RD 2007, n° 21, p. 1550.

³³⁴ M. Cauvin, préc.

entre l'augmentation des engagements d'un associé et la diminution de ses droits, certains auteurs constatent que « *la question est donc bien de savoir si la résolution impose ou non aux associés une ou plusieurs obligations nouvelles qui ne résultaient pas du contrat d'origine* »³³⁵.

En l'espèce, le fait que les statuts de la société absorbante comportaient des clauses³³⁶ inconnues des associés de la société absorbée, considérées, selon les Hauts magistrats, comme des obligations nouvelles imposées aux associés de l'absorbée et qui augmentent leurs engagements. Les Hauts magistrats décident, en raison de l'existence de telles obligations, que « les droits des actionnaires étaient donc affecté, par suite de la fusion-absorption ». Alors que certains auteurs³³⁷ estiment que la stipulation de telles clauses n'a pas pour effet d'aggraver les engagements des associés, ces clauses entraînent seulement la diminution de droits de ces derniers qui, en conséquence, n'ont pas à se soumettre à la règle de l'unanimité.

118. Désormais, ce débat devient inutile parce que la Cour de cassation a mis terme à ce sujet controversé. Elle juge que « l'aggravation des engagements s'entend, non seulement d'un accroissement des dettes de nature pécuniaire des actionnaires, mais également d'une diminution de leurs droits liée à un accroissement de leurs obligations non pécuniaires ». En conséquence, l'entrée d'un associé dans une SAS nécessite toujours une décision collective en assemblée générale, alors que dans certains cas, les statuts de la SAS ne comportent pas toujours des obligations qui « pourraient être considérées comme aggravantes des engagements des associés »³³⁸. Cependant, on pense que la Haute juridiction est allée plus loin, sous le prétexte de protéger les associés minoritaires, en imposant l'exception de l'unanimité à toute fusion en présence d'une SAS. En le faisant, le consentement unanime des associés est requis à chaque fois que la SAS joue le rôle de la société absorbante. De ce fait, la règle de l'unanimité risque de faire échec à la réalisation des opérations de fusion.

Par ailleurs, le principe de l'intangibilité des engagements des associés est aussi envisagé en droit syrien, mais il est moins présent que celui-ci en droit français.

³³⁵ H. Le Nabasque, Interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 2, p. 193.

³³⁶ Tel est le cas des clauses d'inaliénabilité (art. L. 227-13, C. com.), d'exclusion (art. L. 227-17, C. com.) et d'agrément (art. L. 227-14 et 15, C. com.).

³³⁷ H. Hovasse, M. Deslandes et R. Gentilhomme, La séparation d'associés, Dr. sociétés, Actes pra. 1997, n° 36 ; C. Monsallier, L'aménagement contractuel du fonctionnement des sociétés anonymes, LGDJ 1998, n° 664, p. 278

³³⁸ A. Couret, préc.

2° La consécration du principe d'intangibilité des engagements de l'associé en droit syrien

119. La règle de la non-augmentation des engagements des associés est un principe stable en droit des sociétés depuis 1949³³⁹. Ce principe trouve son explication dans le fait que l'associé n'est responsable des dettes de la société que dans la limite du montant de ses apports³⁴⁰. Le principe d'intangibilité des engagements des associés a été réaffirmé par le législateur de 2011. L'article 119-I-1, du Code des sociétés dispose que l'assemblée générale des actionnaires ne peut, sous peine de nullité, « augmenter les engagements d'un actionnaire au-delà de la valeur nominale d'une action libérée par celui-ci ». Or, la société ne peut pas, par une modification de ses statuts, aggraver les obligations d'un actionnaire, comme le fait d'obliger l'actionnaire à payer une somme supplémentaire dans le but d'augmenter le capital de la société³⁴¹. En le faisant, la décision de l'assemblée générale sera sanctionnée par une nullité absolue qui peut être demandée par tout actionnaire³⁴². Il en va de même pour la transformation d'une SARL ou une SA en une société en nome collectif. Dans cette hypothèse, la responsabilité des associés dépasse le montant de leurs apports et deviennent solidaire et indéfinie. Pour cette raison, le législateur soumet la réalisation d'une telle décision au vote unanime des actionnaires en assemblée générale extraordinaire.

120. Cependant, en matière de fusion, la loi n° 29 de 2011 n'a pas apporté dans ses dispositions un principe, équivalent à celui du droit commun, définissant ou régissant les engagements des associés. De même, en raison de la nouveauté des opérations de fusion en pratique, la jurisprudence est complètement absente en matière de fusion. De ce fait, supposons par exemple si une SARL se fait absorber par une SNC, cette fusion-absorption ne constitue-t-elle pas une augmentation des engagements des associés de la société absorbée. Puisque l'opération de fusion a pour effet d'étendre la responsabilité des associés de l'absorbée, celle-ci entraîne une aggravation des obligations des associés et doit être soumise au consentement unanime de ceux-ci. A défaut, l'opération sera sanctionnée par la nullité absolue³⁴³. Ainsi, les statuts de l'absorbante (SNC) comportent des nouvelles obligations qui ne résultent pas du contrat d'origine des associés. Ces nouvelles obligations résident dans le

³³⁹ L'article 156-1 du Code de commerce du 22 juin 1949.

³⁴⁰ Al. Amgherir, Les problèmes concernant l'immatriculation au Registre de commerce, Le tribunal de commerce de Marrakech, Le Maroc, 2006, p. 34.

³⁴¹ J. Alhakeem, préc, n° 440, p. 350.

³⁴² Art. 120-6, C. sociétés.

³⁴³ Les articles 119-I, 1 et 120-6, C. sociétés.

fait que chaque associé adhère à une SNC doit répondre indéfiniment et solidairement des dettes sociales³⁴⁴, ce qui est plus lourd qu'une simple responsabilité limitée aux apports.

121. Contrairement au droit syrien, on trouve que le droit égyptien a envisagé cette hypothèse en matière de fusion. L'article 293 des instructions exécutives³⁴⁵ du Code des sociétés n° 159 de 1981 régit les engagements des associés en cas de fusion. En vertu de cet article, si la fusion a pour effet d'augmenter les engagements des associés ou des actionnaires des sociétés parties, la décision de l'opération doit être prise à l'unanimité de ceux-ci³⁴⁶. Cette disposition paraît logique dans la mesure où lorsque la société absorbante est une SNC, les engagements des associés de l'absorbée, une société de capitaux, vont aller au-delà de la responsabilité limitée à leurs apports³⁴⁷.

Pour conclure, pour définir la notion des engagements des associés, il nous semble, en ayant recours au droit français, que l'augmentation des engagements des associés se réalise lorsque la décision prise par l'assemblée générale de la société concernée entraîne une aggravation de leurs dettes, de nature pécuniaire ou non, envers la société ou les tiers, ainsi qu'imposer aux associés des nouvelles obligations qui ne résulte pas de leur contrat d'origine. Cela revient à dire que la diminution des engagements des associés échappe à la règle de l'unanimité. Mais la question nécessite, à notre avis, quand même l'intervention du législateur ou de la Cour de cassation pour éviter toute ambiguïté en la matière.

122. Conclusion de la section I. Il a été démontré que la restructuration en droit des sociétés peut être qualifiée de fusion lorsque plusieurs conditions sont remplies. Concernant les parties à l'acte de fusion, les droits français et syrien exigent les mêmes conditions. La présence d'au moins deux sociétés, après l'acquisition de la personnalité morale, est incontestablement obligatoire pour qualifier l'opération comme fusion. Les sociétés dépourvues de la personnalité morale ne peuvent pas en effet participer aux opérations de fusion. Celles-ci ne doivent pas avoir pour conséquence d'obliger les associés des sociétés participant à quitter leur société. Les associés de la société dissoute ne perdent pas leur qualité d'associé du fait de la disparition de leur société. Au contraire, ils deviennent des associés de la société

³⁴⁴ Cass. com., 30 mai 1959, n° 226, Rev. Avocats, 1959, p. 394 : le caractère solidaire dans la société en nom collectif est de l'ordre public, les associés ne peuvent pas l'exclure.

³⁴⁵ Voir les instructions exécutives n° 96 du 1982, Rev. Les faits égyptiens, 23 juillet, 1982, n° 145.

³⁴⁶ M. Shafeek, Le projet multinational du point de vue juridique, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2006, p. 147.

³⁴⁷ H. Alsagheer, préc, p. 123.

bénéficiaire de l'opération de fusion. Lors de sa mise en œuvre, la fusion ne doit pas augmenter les engagements des associés. Une telle conséquence pourrait entraîner la nullité de l'opération. Ces conditions s'appliquent autant en droit français qu'en droit syrien et font de ceux-ci une forte similitude. Mais ces conditions ne sont pas suffisantes pour aboutir à la réalisation de la fusion. Des conditions spécifiques sont nécessaires pour permettre la réalisation d'une opération de fusion. Dans ces conditions, le droit français est plus précis et profond que le droit syrien.

Section II. La précision du droit français par rapport au droit syrien en matière de conditions particulières de l'opération de fusion

123. Ce n'est pas seulement les conditions de base qu'exige la fusion. D'autres conditions viennent mettre les choses au clair. Ces conditions particulières liées au respect des règles générales de la fusion peuvent se retrouver en deux groupes : la première concernant les sociétés fusionnées (§I), et la deuxième est relative à l'évaluation des sociétés participant aux fusions (§II).

§I. Les conditions relatives aux sociétés fusionnées

124. Les conditions liées aux sociétés parties aux fusions concernent les formes de sociétés pouvant être l'objet d'une telle opération. Sur ce point, nous allons étudier les formes des sociétés qui peuvent intervenir à une fusion en droit européen (A.) qui est considérée comme source d'évolution pour le droit français (B.) en parallèle du droit syrien qui souffre son insuffisance en la matière (C.).

A. Le sort des sociétés fusionnées en droit européen : facteur d'évolution du droit français

125. Le droit européen a déterminé dans la directive n° 2005/56/CE le champ d'application des sociétés concernées par la fusion transfrontalière (1°). Cette directive a fait l'objet d'une transposition en droit français de fusion (2°).

1° Le champ d'application de la directive n° 2005/56/CE applicable aux fusions transfrontalières

126. Le législateur européen a instauré la dixième directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 portant sur les fusions transfrontalières des sociétés de capitaux. Contrairement à la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 qui ne s'appliquait que aux sociétés anonymes³⁴⁸, la dixième directive étend le champ d'application des sociétés pouvant fusionner et vise toutes les sociétés de capitaux. Le premier article de la dixième directive n° 2005/56 (C.E) précise que « la présente directive s'applique aux fusions de sociétés de capitaux constituées en conformité avec la législation d'un Etat membre et ayant leur siège statutaire, leur administration centrale ou leur principal établissement à l'intérieur de la communauté... ». Or, la participation d'une société à une fusion transfrontalière est en fonction des formes des sociétés que la loi nationale autorise à intervenir à une opération de fusion³⁴⁹. Une fusion transfrontalière peut donc se réaliser dès que les lois nationales des sociétés de capitaux de nationalité différente autorisent l'opération de fusion entre ces sociétés. Ainsi, la situation présente une fusion intracommunautaire dès lors que les sociétés en cause ayant leur siège, leur administration centrale ou principal établissement à l'intérieur de l'espace européen³⁵⁰.

Au-delà de cette énumération, le point b du 1^{er} paragraphe de l'article 2 de la directive n° 2005/56/CE apporte également une définition abstraite de sociétés de capitaux³⁵¹ dans le but d'élargir le champ d'application de la directive n° 68/151/CEE³⁵². Est ainsi visé par la directive n° 2005/56/CE toute société ayant un capital social, jouissant de la personnalité morale, possédant un patrimoine séparé, qui est soumise par sa législation nationale à des conditions de garantie telles qu'elles sont envisagées par la directive n° 68/151/CEE, afin de protéger les intérêts des associés et des tiers. Ce dernier critère permet donc d'étendre le champ d'application de sociétés de capitaux et, ainsi, de faire entrer de nouvelles formes de sociétés.

³⁴⁸ Sur ce point, voir l'article 1^{er} de la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes.

³⁴⁹ M. Bode, *Le groupe international de sociétés*, éd. Peter Lang, Bern, Suisse, 2010, n° 261, p. 327.

³⁵⁰ N. Thirion, *Droit international et européen des sociétés*, éd. Larcier, Bruxelles, 2009, n° 1781, p. 124.

³⁵¹ F. Bernard, *Les fusions transfrontalières au sein de l'Union Européen*, mémoire présenté à l'Université de Louvain, Belgique, 2009, p. 37.

³⁵² C'est la 1^{er} directive du Conseil du 9 mars 1968 tendant à coordonner, pour les rendre équivalent, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant que des associés que des tiers.

127. Par voie de conséquence, les rédacteurs de la directive avaient voulu, par renvoi à la directive n° 68/151/CEE, éviter les sociétés qui n'offrent pas de garanties quant à la protection des associés et des tiers. Parmi ces garanties, on peut citer par exemple les obligations concernant la publicité qui « doit permettre aux tiers de connaître les actes essentiels de la société »³⁵³, ainsi que les « dispositions limitant, autant que possible, les causes de non-validité des engagements pris au nom de la société »³⁵⁴. De même, les sociétés coopératives ne sont pas concernées par la dixième directive. Le législateur européen a exclu les sociétés coopératives du champ d'application de la directive, même si celles-ci entre dans la définition de sociétés de capitaux prévues à l'article 2, point b³⁵⁵. En plus, la directive ajoute que ne s'applique pas aux fusions transfrontalières auxquelles participe une société dont l'objet est le placement collectif des capitaux recueillis auprès du public. Les organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) ne sont donc pas visés par la dixième directive. Cette disposition paraît logique dans la mesure où les OPCVM sont soumises à une réglementation spécifique. Le fonctionnement de ces sociétés est soumis « au principe de la répartition des risques et dont les parts sont, à la demande des porteurs, rachetées ou remboursées, directement ou indirectement, à charge des actifs de cette société »³⁵⁶.

La dixième directive doit être transposée par les Etats membres de l'Union européen dont La France fait partie.

2° La transposition impérative de la directive n° 2005/56/CE en droit français

128. Au regard des dispositions de l'article 19 de la directive n° 2005/56/CE, les Etats membres de l'Union européen doivent mettre en vigueur les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette directive. En France, La directive n° 2005/56/CE a été transposée en droit français par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. En effet, en vertu de l'article L. 236-25 du Code de commerce, sont concernées par la fusion

³⁵³ Quatrième considérant de la directive n° 68/151/CEE.

³⁵⁴ Cinquième considérant de la directive n° 68/151/CEE.

³⁵⁵ Art. 3, paragraphe 2 de la directive n° 2005/56/CE.

³⁵⁶ Art. 3, paragraphe 3 de la directive n° 2005/56/CE.

transfrontalière ; les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, les sociétés en commandite par actions, les sociétés par actions simplifiées. Le législateur français a également ajouté, dans le même article, les sociétés européennes immatriculées en France. En revanche, certains estiment que la société européenne (SE) ne peut pas intervenir avec des sociétés de forme nationale à des fusions transfrontalières³⁵⁷. Cette extension du champ d'application des opérations de fusion transfrontalière résulte de la définition abstraite donnée par l'article 2, point b de la présente directive.

Par conséquent, le champ d'application de la directive ne concerne pas les sociétés de personnes bien que le droit français autorise la fusion au niveau interne entre tous les types de sociétés, de personnes et de capitaux³⁵⁸. Néanmoins, les sociétés de personnes peuvent participer à la fusion transfrontalière sans pouvoir bénéficier des dispositions applicables aux opérations de fusion transfrontalière. Cette possibilité résulte du principe consacré par la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt *Sevic* rendu le 13 décembre 2005³⁵⁹. Selon l'arrêt, il est interdit aux Etats membres de s'opposer aux fusions transfrontalières même si résultent des opérations réalisées entre des sociétés ne sont pas visées par la directive n° 2005/56/CE. Les sociétés de personnes sont donc toujours soumises à leurs règles classiques notamment la règle de l'unanimité des associés pour les sociétés amenées à disparaître du fait de la fusion³⁶⁰.

Il est plus intéressant la question des formes sociétés françaises pouvant participer aux fusions internes. En droit français, la fusion est-elle ouverte à toutes les sociétés quelque soit leur forme ?

³⁵⁷ M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, préc, n° 324, p. 354.

³⁵⁸ Sur ce point, voir E. Defiez, *Les fusions transfrontalières de sociétés : étude de droit communautaire et de droit comparé franco-allemand*, Université Paris 10 Nanterre, 2010, p. 63.

³⁵⁹ CJCE, 13 décembre 2005, aff. *Sevic* *Système AG*, C-411/03, JCP, cité par M. Menjucq, préc, n° 323, p. 354.

³⁶⁰ T. Mastrullo, *La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une avancée et des regrets*, Europe, n° 8-9, 2009.

B. Les formes des sociétés pouvant être l'objet d'une opération de fusion en droit français

129. Le législateur français a instauré deux dispositions juridiques applicables à la fusion quelle que soit la forme des sociétés participantes. De fait, la fusion peut se réaliser entre des sociétés de forme différente (1°). De même, la société en liquidation peut participer à une opération de fusion (2°).

1° La fusion entre des sociétés de forme différente

130. La loi sur les sociétés commerciales apporte un principe général permettant à toutes les sociétés désirant se concentrer de procéder aux fusions. Selon ce principe, les sociétés peuvent fusionner même si elles sont des formes différentes (a). Cependant, ce principe subit quelques exceptions qui amènent à interdire certaines fusions entre des sociétés de forme différente (b).

a) Les opérations de fusion autorisées entre sociétés de forme différente

131. Le législateur français a adopté une règle générale, en droit des sociétés, selon laquelle les opérations de fusion peuvent être effectuées entre sociétés de forme différente³⁶¹. Cette règle est expressément prévue à l'article L. 236-2 du Code de commerce. Ce dispositif s'applique à toutes les fusions auxquelles est partie une société commerciale, qu'il s'agit d'une société de capitaux ou de personnes³⁶². Dans ce cas, la responsabilité des associés ou actionnaires change et devient limitée ou illimitée selon l'opération envisagée³⁶³. Les opérations de fusion peuvent donc avoir lieu entre les sociétés par action, entre les SARL et entre les sociétés par action et SARL. Ainsi, elles peuvent également se réaliser entre, d'une

³⁶¹ Y. Delgove, Le sort des contrats en cas de restructuration de la société contractante, Dr. et Patrimoine, 1999, n° 72.

³⁶² T. Tilquin, préc, n° 154, p. 118.

³⁶³ Si la société bénéficiaire de la fusion est une société de capitaux, la responsabilité des associés devient limitée, et si la société absorbante est une société de personnes, la responsabilité des associés devient illimitée.

part, une société de personne, telle est la SNC, et, d'autre part, une société de capitaux, comme la SA. Toutefois, les opérations de fusion entre les sociétés par action et/ou SARL sont soumises à un régime juridique complémentaire notamment l'intervention des commissaires à la fusion et l'exercice du droit d'opposition des créanciers aux opérations de fusion. Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris a jugé le 21 septembre 2001 que « considérant qu'il est acquis aux débats que la loi n'impose pas la désignation d'un commissaire à la fusion dans le cas où l'une des sociétés participant à une opération de cette nature n'est pas une société anonyme ou une société à responsabilité limitée »³⁶⁴.

132. Mais, il faut préciser que l'article L. 236-2 du Code de commerce a vocation à s'appliquer seulement aux sociétés de droit commun. Cela revient à dire que ce texte n'est pas applicable aux opérations de fusion mettant en présence d'une société civile ou d'un autre groupement civil³⁶⁵. Pour cette raison, le législateur a énoncé un autre régime juridique de fusion applicable aux sociétés civiles. L'article 1844-4 du Code civil précise que les opérations de fusion « peuvent intervenir entre des sociétés de forme différente ». Ce dispositif a répondu à une controverse ancienne concernant la question de savoir si l'opération de fusion peut avoir lieu entre une société commerciale et une société civile³⁶⁶. Le texte civil a donc vocation à s'appliquer à toute fusion mettant en présence une société civile et toute autre forme de sociétés (SA, SAS, SARL, etc.). Néanmoins, le texte présent connaît un tempérament concernant les sociétés civiles à placement immobilier (SCPI). Ces dernières ne peuvent participer aux fusions que si la ou les sociétés parties sont aussi des SCPI³⁶⁷. Autrement dit, la SCPI ne peut fusionner qu'avec une autre SCPI³⁶⁸. Par contre, ce tempérament connaît une exception qui réside dans le cas où la SCPI peut fusionner avec une autre société dans le but de constituer un organisme de placement collectif immobilier³⁶⁹. Pour le résumer, une société civile peut être absorbée par une société commerciale, mais celle-ci ne peut pas absorber cette dernière³⁷⁰.

³⁶⁴ CA Paris, 3^e ch. sect. C, 21 sept. 2001, n° 2001/18352.

³⁶⁵ S. Michel, Les fusions et scissions impliquant d'autres formes de sociétés que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée, 2010, article publié sur le site www.village-justice.com.

³⁶⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, 2^e éd. Litec, 1991, n° 807, p. 344.

³⁶⁷ Mémento Pratique, Sociétés civiles, éd. Francis Lefebvre, 2015, n° 37100.

³⁶⁸ Art. L. 214-80 du Code monétaire et financier.

³⁶⁹ Voir Mémento pratique, préc, n° 37100, p. 820 : la SCPI peut fusionner avec une société dans le seul but de constituer soit un fonds de placement immobilier (FPI) (art. L. 214-135, C. monét. et finan.), soit une société de placement à prépondérance immobilière à capital variable (Sppicav) (art. L. 214-124, C. monét. et finan.).

³⁷⁰ En ce sens, la Cour d'appel de Rouen a jugé, dans son arrêt du 22 novembre 1995, que « l'exercice d'une

133. Par ailleurs, la question se pose de savoir si la fusion peut se faire entre une société commerciale et un groupement d'intérêt économique (GIE). Au premier abord, la différence existant entre les deux entités quant à leur objet³⁷¹, nous amène à en conclure que la fusion absorption ne peut pas être effectuée entre une société commerciale et un GIE. Certains objectent que, d'un côté, la fusion entre une société et un GIE peut répondre à des besoins économiques et que, d'autre côté, « *il n'existe plus de différence fondamentale entre le GIE et la société, compte tenu des chevauchements possibles entre ces deux catégories* »³⁷². De surcroît, même si le Code de commerce n'envisage pas aucune disposition aux fusions d'un GIE avec un autre ou avec une société, rien ne peut s'opposer à opérer ce genre d'opérations³⁷³. Pour finir, il nous semble, à notre avis, que puisque le GIE jouit, comme la société, de la personnalité morale et de la pleine capacité à compter de son immatriculation au RCS, et qu'il peut faire tous les actes de commerce pour son propre compte³⁷⁴, ce groupement peut, en conséquence, fusionner avec une société en jouant le rôle de l'absorbante ou de l'absorbée. Comment-on interdire une telle fusion alors que la Cour de justice des Communautés européennes fait de la transmission universelle du patrimoine un principe de portée général dont le champ d'application ne doit pas être uniquement limité aux sociétés. Même si aucun texte ne le prévoit, cette règle peut être étendue aux autres personnes morales³⁷⁵. Le législateur français autorise la transformation de GIE par le jeu de l'article L. 251-18 du Code de commerce. De ce fait, est ce que c'est logique de prohiber la fusion de GIE alors que la loi autorise la transformation de celui-ci. On en conclut que la fusion d'un GIE avec une société de droit commun est licite, mais il faut juste, dans le silence des statuts, une décision unanime des membres du groupement sur l'opération projetée³⁷⁶.

activité commerciale importante entraîne, pour cette activité, l'apparition d'une société commerciale créée de fait soumise, par renvoi de l'article 1873 du Code civil, au régime juridique des sociétés en participation » : CA Rouen, 22 nov. 1995 : JCP E, 1997, II, n° 992 ; voir également, J.-L. Navarro, C. Brosset, M. Dietlin, V. Frasson, R. Maman, J. Nesme, I. Rault et D. Richard, *Droit des sociétés-Préparation aux examens*, éd. Hachette Education Technique, 2010, thème n° 6 ; G. Brenon, *Agriculture de groupe*, septembre-octobre 2011, n° 377, p. 8 ; S. Michel, préc.

³⁷¹ L'article 251-1 du Code de commerce prévoit que le but d'un GIE « est de faciliter ou de développer l'activité économique de ses membres, d'améliorer ou d'accroître les résultats de cette activité. Il n'est pas de réaliser des bénéfices pour lui-même ». En revanche, l'objet d'une société est de « partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter... » (art. 1832, al. 1^{er}, C. civ).

³⁷² J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 807, p. 344 ; voir aussi G.-J. Martin, « La fusion de société », préc, n° 269, p. 294.

³⁷³ F. Lemeunier, *Groupement d'intérêt économique (GIE)*, 2^e éd. Delmas, 1999, n° 1812, p. 194.

³⁷⁴ Voir art. L. 251-4, al. 1^{er}, C. com.

³⁷⁵ CJCE, 23 avr. 1986, aff. 294/83 : Rec. 1986, p. 1339 ; Rev. sociétés 1987, p. 283, note Y. Guyon.

³⁷⁶ Les décisions de l'assemblée des membres du groupement seront prises aux conditions de quorum et de majorité qu'il fixe. Dans le silence du contrat, les décisions sont prises à l'unanimité (art. L. 251-10, al. 1^{er}, C.

La réalisation des fusions entre sociétés des formes différentes n'est toutefois pas un principe absolu, des exceptions peuvent intervenir pour interdire certaines opérations de fusion.

b) Les opérations de fusion interdites entre sociétés de forme différente

134. La règle générale posée par le législateur permettant aux sociétés des formes différentes de fusionner connaît, en fait, quelques exceptions. Deux hypothèses viennent interdire certaines opérations de fusion ; la première concernant les sociétés d'investissement à capital variable (SICAV), et la deuxième relative aux sociétés coopératives.

La loi n° 79-12 du 3 janvier 1979 concernant les SICAV avait apporté, dans l'article 16, une liste limitative des opérations de fusion autorisées. Cette loi a été modifiée, à plusieurs fois³⁷⁷, par des lois postérieures dont la dernière l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 relative aux organismes de placement collectif en valeurs mobilières et à la modernisation du cadre juridique de la gestion d'actifs³⁷⁸. Cette ordonnance est codifiée en droit français sous les articles L. 214-2 du Code monétaire et financier. L'ordonnance du 1^{er} août 2009 a mis le droit français en harmonie avec la directive n° 2009/65/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)³⁷⁹. En vertu de l'article L. 214-7 du Code monétaire et financier, la SICAV est une société anonyme ou une société par actions simplifiée qui a pour objectif la gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières pour ses membres³⁸⁰.

La SICAV fait partie de la famille des organismes de placement collectif en valeurs

com.).

³⁷⁷ La loi du 3 janvier 1979 a été abrogée par la loi n° 88-1201 du 23 décembre 1988 relative aux organismes de placement collectifs en valeurs mobilières et portant création des fonds communs de créances (JORF du 31 décembre 1988) ; voir Th. Bonneau, Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil, RTD Civ, 1991, p. 1.

³⁷⁸ JORF, n° 1077 du 2 août 2011, p. 13106.

³⁷⁹ JOUE, I. 302/32 du 17 novembre 2009 ; voir I. Riassetto, Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 et ses décrets d'application, RLDA 2011, n° 64.

³⁸⁰ Numéros Juridiques Liaisons Sociales, Placement en titre de SICAV, 2009, n° 6.

mobilières³⁸¹ (OPCVM) et jouit, comme la société commerciale, de la personnalité morale³⁸². Mais, s'il y a un regroupement entre celle-ci et une autre société n'ayant pas le statut de SICAV, la SICAV ne peut en subir les conséquences. Autrement dit, la SICAV ne peut pas être absorbée par une société de droit commun car cette fusion-absorption remettrait en cause le statut et le caractère spécifique de la SICAV³⁸³. Ainsi, le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (AMF) précise que les OPCVM, dont fait partie la SICAV³⁸⁴, peuvent faire l'objet d'une fusion par absorption et d'une fusion par création de société nouvelle avec seulement d'autres OPCVM³⁸⁵.

135. Des dispositions du même ordre s'ajoutent en la matière pour les sociétés soumises aux statuts généraux de la coopération. Ces sociétés sont régies par la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération. L'article 25 de la loi du 10 septembre 1947 dispose qu'aucune modification entraînant la perte de la qualité de coopération ne peut être apportée aux statuts notamment si elle résulte des opérations de fusion. L'article 25 de la loi du 10 septembre a été modifié par la loi du 13 juillet 1992, sous l'article 17, relative à la modernisation des entreprises coopératives³⁸⁶.

Les coopératives sont des sociétés dont le but n'est pas de réaliser du profit, mais d'améliorer la qualité de leurs membres³⁸⁷. Il en résulte que lorsqu'une société soumise au statut de la coopération participe à une fusion, elle ne peut pas être absorbée par une société de droit commun. Cette interdiction trouve son explication dans le fait qu'une telle fusion a pour conséquence de faire disparaître le caractère coopératif de la société de coopération, ainsi qu'elle tourne l'interdiction faite à ce type de sociétés de distribuer ses bénéfices entre les associés³⁸⁸. La société coopérative ne peut donc fusionner qu'avec une autre coopérative³⁸⁹.

³⁸¹ Art. L. 214-4, C. monétaire et financier.

³⁸² M. Combetater, La fin programmée des retenues à la source pour les dividendes versés à des OPCVM étrangers, RLDA 2012, n° 73.

³⁸³ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc., n° 814, p. 346. Les SICAV se caractérisent par la variabilité de leur capital, ce qui est interdit pour les sociétés anonymes (art. 231-1, C. com.).

³⁸⁴ Art. 214-4, al. 1^{er} du Code monétaire et financier.

³⁸⁵ Voir l'article 411-44-II-1° et 2° du Rég. gén. AMF, Livre IV, Procédures d'épargne collective, disponible sur le site www.amf-france.org.

³⁸⁶ Voir l'article 17 modifiant l'article 25 de la loi du 10 septembre 1947 : loi n° 92-643 du 13 juillet 1992, JORF, n° 162 du 14 juillet 1992, p. 9450.

³⁸⁷ P. Le Cannu et B. Dondero, Droit des sociétés, 6^e éd. Lextenso, 2015, n° 18, p. 27.

³⁸⁸ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc., n° 815, p. 346.

³⁸⁹ M. Jeantin, L'absorption d'une société coopérative par une autre ne constitue pas un cas de force majeure

Les opérations de fusion ne sont pas réservées aux seules sociétés ne faisant pas l'objet d'une dissolution. La possibilité de participer à une fusion est aussi ouverte aux sociétés en liquidation.

2° La possible participation de la société en liquidation

136. A la différence de ce qui se passe chez la personne physique, la personnalité morale de la société subsiste à sa dissolution. En droit des sociétés, la liquidation est conçue comme une conséquence de toute dissolution. La société en liquidation se dissout mais maintient sa personnalité morale pendant la période de liquidation. Durant cette période, la société dispose d'un patrimoine qui reste attaché à sa personnalité³⁹⁰. En effet, le législateur français a donné à la société en liquidation la faculté de participer aux opérations de fusion. Cette règle a besoin de certaines précisions (a) avant d'en étudier les conséquences (b).

a) Le principe

137. La loi sur les sociétés commerciales permet à une société en liquidation de participer à la création d'une société nouvelle par voie de fusion ou d'être absorbée par une autre société³⁹¹. Cette possibilité est prévue à l'article L. 236-1, al. 3 du Code de commerce qui précise que les opérations de fusion absorption et de fusion par création de société nouvelle « sont ouvertes aux sociétés en liquidation... ». De même, ce principe a aussi été confirmé par les dispositions civiles. L'article 1844-4 du Code civil énoncé expressément que « une société, même en liquidation, peut être absorbée par une autre société ou participer à la

autorisant un coopérateur à suspendre l'exécution de ses engagements, Bull. Joly Sociétés, 1991, n° 12, P. 1136, note sous Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, n° 98-18711, Sté coop. laitière de Haute-Marne c/ Marquet et autres.

³⁹⁰ E. Boronad-Lesoin, La survie de la personne morale dissoute, RTD Com. 2003, p. 1 ; A. Bouilloux, La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. sociétés 1994, p. 393.

³⁹¹ J.-M. Do Carmo Silva et L. Grosclaude, Gestion juridique, fiscal et social, Manuel et applications, 6^e éd. Francis Lefebvre, 2012, p. 630.

constitution d'une société nouvelle, par voie de fusion ».

Cependant, l'étendue de ce texte est incertaine. Certaines estiment que le dispositif interdit implicitement la fusion entre deux sociétés en liquidation ainsi que l'absorption d'une société en cours de sa vie sociale par une entité en liquidation³⁹². Cette analyse s'appuie sur le principe de la survie de la personnalité morale conférée à une société dissoute pour les besoins de sa liquidation. Ce principe est consacré par le législateur dans les articles L. 237-2, alinéa 2, du Code de commerce et 1844-8, alinéa 3, du Code civil, « la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation... »³⁹³. Par conséquent, lorsqu'on admet à deux sociétés en liquidation d'être fusionnées ou à une société en liquidation puisse absorber une société en cours de sa vie sociale, cela permet à la société en liquidation d'exercer des activités nouvelles, ce qui est incompatible avec l'idée de la survie limitée de la personne morale pour les besoins de sa liquidation.

138. Cette analyse reste restrictive dans la mesure où une société en liquidation ne peut pas jouer le rôle d'une absorbante. De même, pourquoi, précisent certains auteurs³⁹⁴, on interdit à deux entités en liquidation de fusionner entre elles. Ces auteurs ajoutent, le principe posé par le législateur doit être interprété et appliqué d'une façon large surtout que, d'après la jurisprudence, l'absorption d'une société en liquidation par une société en cours de sa vie sociale n'entraîne pas de difficulté³⁹⁵.

Finalement, il est nécessaire de noter qu'une société en liquidation ne peut pas être absorbante. Cette société peut être absorbée par une autre société poursuivant régulièrement sa vie sociale. Autrement dit, la société en liquidation ne peut pas jouer le rôle d'une société absorbante car l'absorption d'une société par une société en cours de liquidation peut être traduite par une mise en liquidation du patrimoine de celle-ci, ce qui paraît paradoxal.

Le principe de la survie de la société en liquidation nous permet par ailleurs d'en tirer les conséquences.

³⁹² R. Houin et F. Goré, La réforme des sociétés commerciales, Dalloz 1967, chron., 23^e cahier, n° 143, p. 123.

³⁹³ Ch. Hannoun, Liquidation et partage, Dalloz 2007, n° 130 ; E. Savaux, La personnalité morale en procédure civile, RTD Civ. 1995, p. 1.

³⁹⁴ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 817, p. 348.

³⁹⁵ Paris, 25^e ch. B, 10 avr. 1986, Rev. sociétés 1986, p. 428, note J.-J. Daigre : Bull. Joly 1986, p. 691.

b) Les conséquences du principe

139. La règle de la survie de la société en liquidation n'est pas absolue : elle doit être accompagnée d'une limite en précisant l'étendue. En effet, la question se pose de savoir pendant combien de temps la possibilité accordée à une société en liquidation d'intervenir dans une opération de fusion reste ouverte. A défaut d'un texte en la matière, on pourrait admettre que cette faculté continue d'être ouverte à l'entité en liquidation tant que cette dernière n'est pas radiée du Registre du commerce et des sociétés³⁹⁶.

Cette solution a été condamnée par le législateur dans l'article L. 236-1, alinéa 3, du Code de commerce. En application de ces dispositions, une société en liquidation ne peut participer aux opérations de fusion que dans la mesure où la répartition des actifs entre les associés « n'ait pas fait l'objet d'un début d'exécution ». En d'autres termes, pour qu'une société en liquidation puisse faire l'objet d'une fusion, il faut que l'opération de la répartition de ses actifs n'ait pas encore commencé³⁹⁷. De ce fait, ce texte empêche les associés d'une société en liquidation de s'approprier les actifs de celle-ci avant que l'opération de fusion ait lieu. Cette solution a été inspirée du principe de la transmission universelle de patrimoine caractérisant l'opération de fusion³⁹⁸.

En tout état de cause, il paraît que la possibilité de participer à une fusion est liée à l'existence de la personnalité morale de la société concernée. A défaut de ces conditions, il n'est pas possible à une société en liquidation d'intervenir dans une fusion. Or, deux sociétés en participation ou deux sociétés créées de fait ne peuvent pas participer à de telles opérations³⁹⁹.

De son côté, le droit syrien établit une règle générale destinée aux fusions de sociétés de forme différente. Mais, cette règle reste insuffisante lorsqu'on en définit pas le paramètre.

³⁹⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 818, p. 348.

³⁹⁷ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, 2014-2015, n° 82662.

³⁹⁸ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 818, p. 348.

³⁹⁹ Art. 1871, C. civ., pour les sociétés en participation et art. 1873, C. civ., pour les sociétés créées de fait.

C. L'insuffisance du droit syrien

140. Force est de constater que les opérations de fusion sont récemment régies en droit syrien. L'adoption des règles spécifiques relatives aux fusions sont intervenues pour la première fois dans la loi n° 3 de 2008 modifiée par la loi n° 29 du 2011. Or, l'organisation de cette opération reste toujours insuffisante et nécessite des réformes ultérieures auront pour objectif de combler les lacunes des lois présentes.

D'une part, l'adoption d'une règle vaste (1°) en matière de forme des sociétés participant aux fusions est une illustration de l'insuffisance du droit syrien. L'autorisation indirecte de la société en liquidation de participer aux opérations de fusion (2°) se présente, d'autre part, comme un deuxième exemple de l'insuffisance du droit syrien en la matière.

1° Adoption d'une règle vaste

141. Au préalable, les sociétés sont soit des sociétés de personnes caractérisées par la présence forte de la personnalité des associés, soit des sociétés de capitaux dans lesquelles la personne d'un associé joue un rôle moins important que dans les sociétés de personnes⁴⁰⁰. Ces deux catégories des sociétés peuvent procéder aux opérations de restructuration pour réorganiser leur structure. Mais, la question se pose de savoir si toutes les sociétés commerciales peuvent fusionner entre elles ou cette possibilité est réservée à des sociétés de forme précise.

Tout d'abord, il est possible qu'une société absorbe une autre société de même forme ou deux sociétés fusionnent pour donner naissance à une nouvelle entité de même forme⁴⁰¹. Comme l'absorption d'une SA par une autre SA ou deux SARL fusionnent pour constituer une nouvelle SARL. En revanche, la fusion de deux sociétés ne faisant pas partie à la même

⁴⁰⁰ A. Yamelky, Les sociétés (étude comparative), 2^e éd. La maison de la culture, La Jordanie, 2010, p. 45.

⁴⁰¹ Kh. Alazmy, Les effets juridiques de la fusion des sociétés sur les droits des associés et actionnaires, thèse, Université du Caire, Egypte, 2004, p. 43.

forme était un sujet controversé dans la doctrine. Certains⁴⁰² voient que la différence existant entre les sociétés de personnes et les sociétés de capitaux est très profonde, ce qui empêche la réalisation d'une fusion entre une société de personnes et une autre de capitaux. En d'autres termes, une SA ne peut pas fusionner avec une société de forme différente comme une SNC. Cette interdiction se justifie par le fait que l'actionnaire a des droits principaux qui ne peuvent pas être atteints ou modifiés par le fait de fusionner sa société avec une autre. Une telle opération a donc pour effet de nuire aux actionnaires de la SA absorbée.

En contrepartie, une partie de la doctrine estime qu'une fusion peut avoir lieu entre des sociétés des formes différentes. Selon ce courant⁴⁰³, une société de capitaux peut absorber ou être absorbée par une société de personnes, même si cette absorption a pour conséquence de modifier les droits ou augmenter les engagements des actionnaires. Dans ce cas, une décision unanime doit être prise par les actionnaires de l'absorbée.

142. Le droit syrien de fusion se relie à cette dernière doctrine. Dans ces perspectives, la loi sur les sociétés commerciales précise que les modalités de fusion pouvant être l'objet d'une opération sont les suivantes : au premier lieu, les sociétés de la même forme peuvent fusionner, ensuite, les sociétés de forme différente peuvent aussi fusionner pour créer une nouvelle entité et, enfin, les SNC et SCS peuvent fusionner avec SARL ou SA, ainsi que les SARL peuvent être fusionnées avec SA ou le contraire⁴⁰⁴. Il en résulte que les sociétés en participation et les sociétés créées de fait ne sont pas concernées par la fusion car elles ne sont pas dotées de la personnalité morale. Néanmoins, cette règle posée par le législateur syrien nous paraît tellement vague dans la mesure où elle ne précise pas les conséquences résultant du fait de l'absorption d'une société de capitaux par une SNC, notamment en matière d'augmentation des engagements des associés.

Par ailleurs, les sociétés de coopération ne peuvent pas fusionner avec une société de droit commun car il leur interdit de distribuer leurs bénéfices et de partager leur boni de liquidation entre les associés, ce qui est le cas pour les sociétés de droit commun⁴⁰⁵. Ainsi, une telle opération fait disparaître le caractère coopératif de ce type de sociétés. Toutefois, une société de coopération peut fusionner avec une autre coopérative puisqu'une telle fusion ne

⁴⁰² H. Alsagheer, préc, p. 118 ; A. Alma'amory, préc, p. 444.

⁴⁰³ A. Mahrez, préc, n° 58, p. 63 ; Kh. Alazmy, préc, p. 43.

⁴⁰⁴ V. art. 219, al. 1, 2 et 3, C. soc.

⁴⁰⁵ Art. 1, du Code des associations et des entreprises privées auquel sont soumises les sociétés de coopération ; voir J. Alhakeem, préc, n° 10, p. 20.

fait pas disparaître le caractère coopératif des sociétés fusionnées⁴⁰⁶.

Quant aux sociétés en liquidation, la participation de ces dernières aux fusions n'est pas explicitement envisagée par le législateur syrien.

2° Autorisation indirecte à la société en liquidation de participer aux opérations de fusion

143. La participation de la société en liquidation aux opérations de fusion reste en droit syrien incertaine. Ce dernier n'a pas apporté un texte régissant expressément la société en liquidation partie aux fusions. Cependant, la dissolution d'une société ne conduit pas à la disparition de celle-ci. En effet, la société maintient toujours sa personnalité morale pendant la période de la liquidation. Mais, cette personnalité est réduite pour les besoins de la liquidation⁴⁰⁷. Dans ce sens, le Code des sociétés prévoit que « la société en liquidation maintient sa personnalité morale durant la période de la liquidation et pour les besoins de la liquidation »⁴⁰⁸. Hormis ce dispositif, le législateur syrien n'a pas adopté des dispositions propres aux sociétés en liquidation en matière de fusion.

Il en résulte que la société pendant la période de la liquidation ne peut pas intervenir dans une fusion en raison de la capacité limitée de cette société. De même, la fusion s'oppose aux fins de la liquidation qui se caractérisent par la liquidation des opérations de la société et le partage entre les associés de boni de liquidation⁴⁰⁹. Toutefois, en tant qu'une personne morale dynamique dans la vie économique, on doit conserver la société au lieu de la faire disparaître⁴¹⁰. Dans ces perspectives, la doctrine⁴¹¹ constate que la société en liquidation puisse participer aux fusions tant que cette opération n'aurait pas pour conséquences de nuire aux droits des associés et des tiers. Pour ces raisons, on voit, à notre avis⁴¹², que rien n'empêche, en droit syrien, une société en liquidation d'être absorbée par une société en cours

⁴⁰⁶ Dans ce sens, voir l'exemple de l'article 43-2 de l'ordonnance n° 99 du 3 août 2011 relative aux sociétés de coopération d'urbanisme.

⁴⁰⁷ F. Alareeny, préc, n° 388, p. 421.

⁴⁰⁸ Art. 19, C. soc.

⁴⁰⁹ Art. 25, C. soc.

⁴¹⁰ L. Alfayoumi, préc, p. 51.

⁴¹¹ Voir I. Eid, Les sociétés commerciales, éd. Alnajwa, Liban, 1970, p. 755 ; H. Alsagheer, préc, p. 74 et s. ; F. Alareeny, préc, n° 388, p. 421 ; L. Alfayoumi, préc, p. 51 ; M. Esmail, préc, p. 10.

⁴¹² Notre point de vue s'appuie sur la règle « tout ce qui n'est pas interdit est permis ».

de vie sociale. Ainsi, l'article 23-2 du Code des sociétés précise que tout acte fait pendant la période de la liquidation de la société en cause est nul sauf autorisation unanime des associés ou de l'assemblée générale compétente. On en conclut que le législateur autorise indirectement la participation de la société en liquidation aux fusions et que celle-ci peut être absorbée par une société prospère ou fusionner avec une autre société en cours de liquidation.

144. En revanche, on trouve que le législateur égyptien permet expressément aux sociétés en liquidation d'intervenir dans une fusion à la condition d'avoir l'autorisation de l'assemblée générale compétente⁴¹³. Comme l'ont fait les législateurs français et égyptiens, on espère que le législateur syrien procède bientôt à adopter des dispositions permettant à la société en liquidation de participer aux opérations de fusion. Comme en droit français, la société en liquidation ne peut pas jouer le rôle de l'absorbante. C'est-à-dire, la société en liquidation ne peut pas absorber une société poursuivant régulièrement sa vie sociale car il est interdit à cette société d'exercer des nouvelles activités.

Lorsque la société n'est pas interdite de participer aux fusions, il est nécessaire de procéder à l'évaluation des sociétés en cause. Cette condition est très importante dans une telle opération dans la mesure où elle permet de déterminer la valeur d'échange des titres et les nombres des parts et des actions qui seront émises par la société bénéficiaire de la fusion.

§II. La nécessaire évaluation des sociétés participant aux fusions

145. L'évaluation de chacune des sociétés parties aux fusions est une opération très délicate dont la réalisation suppose la présence des experts financiers et des juristes afin d'éviter les obstacles potentiels. Dans ces conditions, les méthodes d'évaluation des sociétés en cause sont variées et le choix de l'une ou de l'autre est susceptible d'affecter les droits des actionnaires ou des associés. A cet effet, il faut, en premier lieu, envisager les méthodes d'évaluation des sociétés en cause en droit français qui a bien structuré cette étape pendant la réalisation de la fusion (A.). Ainsi, on doit, en second lieu, présenter cette phase en droit syrien qui subit toujours la carence en matière de fusion (B.).

⁴¹³ Voir art. 288, al. 3, des instructions exécutives de la loi n° 159 du 1981.

A. Le soin du droit français de l'évaluation des sociétés en présence

146. A priori, le législateur français n'a imposé aucune solution pour les méthodes d'évaluation des sociétés parties aux fusions. Il a laissé ce soin aux professionnels⁴¹⁴. Pour cela, il est nécessaire de se rapporter aux principes retenus, dès 1977, par l'Autorité des marchés financiers (AMF) (anciennement la COB)⁴¹⁵ afin d'exposer les conditions générales d'évaluation des sociétés en présence (1°). Ensuite, nous allons envisager les conséquences de cette évaluation (2°) notamment la détermination de la parité d'échange.

1° Les conditions générales de l'évaluation

147. Il n'existe pas en matière de fusion des règles propres à respecter pour procéder à l'évaluation des sociétés en cause. Selon une réponse ministérielle⁴¹⁶, les opérations de fusion étant « complexes et il paraît difficile de fixer dans la loi des règles trop rigides et des méthodes uniformes d'évaluation qui seraient, dans certains cas, difficiles à appliquer ou qui pourraient aller à l'encontre du but de protection recherchée ». Par conséquent, cela laisse une place à multiples méthodes d'évaluation dans lesquelles les commissaires aux fusions assument leur option⁴¹⁷.

Puisque l'opération de fusion se caractérise par la transmission universelle de patrimoine, il convient donc de rechercher quelle est la valeur globale de chacune des sociétés intéressées par l'opération. Les conditions de l'évaluation supposent que chacune des sociétés parties à l'opération de fusion fasse l'objet d'une évaluation : « dans une opération de fusion, il importe avant tout que les patrimoines de deux sociétés aient été évalués selon les mêmes

⁴¹⁴ M. Bergerès, Fusions et opérations assimilées, La théorie du prix d'acquisition, Dr. fisc. 2002, n° 30-31, p. 1097.

⁴¹⁵ Bull. COB., juill.-août 1977, n° 95, p. 3; Rev. sociétés 1977, p. 754.

⁴¹⁶ Rép. min., JO, 5 avr. 1975, p. 1080 ; Rev. sociétés 1975, p. 333.

⁴¹⁷ J. Prieur, B. Monassier, A.-M. Lafon-Bel et J. Béghain, Les missions des professionnels dans les opérations de fusions-acquisitions : Dr. sociétés 1995, Actes prat., n° 20, p. 1.

critères »⁴¹⁸. Pour ce faire, plusieurs méthodes d'évaluation sont mises en place⁴¹⁹ qui prennent en considération la valeur vénale des biens apportés⁴²⁰, la valeur liquidative⁴²¹, la valeur de rendement⁴²² et la valeur boursière⁴²³.

148. Dans cet objectif, l'AMF a adopté la position-recommandation n° 2011-11 relative aux opérations d'apports ou de fusion⁴²⁴. Ces recommandations ne sont imposées qu'aux sociétés qui font offre au public⁴²⁵. Néanmoins, en pratique, la portée de ces règles est plus grande et elles doivent être retenues pour toutes les formes de fusion⁴²⁶. Les principes de l'AMF sont repris par l'Autorité des normes comptables (ANC)⁴²⁷ ainsi que par le ministère de la justice⁴²⁸. Cela revient à dire que les commissaires aux fusions doivent se référer aussi bien aux principes dégagés par l'AMF que les travaux des organismes professionnels comme la Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) et l'Autorité des normes comptables (ANC)⁴²⁹.

Par voie de conséquence, l'évaluation des sociétés intéressées par l'opération de fusion doit être réalisée en respectant deux catégories d'exigences. La première concerne le contenu des méthodes d'évaluation (a), tandis que la deuxième s'attache à déterminer les critères de choix de ces méthodes (b).

⁴¹⁸ CA Paris, 17 janvier 1972, JCP G 1972, II, 17283.

⁴¹⁹ D. Gibirila, Sociétés.- Dispositions générale.- Transformation, fusion, scission et prorogation de la société, JurisClasseur, 11 mars 2010, n° 61.

⁴²⁰ C'est la valeur mathématique du patrimoine de la société concernée par la fusion.

⁴²¹ C'est la valeur vénale après déduction des frais et charges de la liquidation de la société en cause.

⁴²² Qui est basée soit sur le bénéfice net, la marge brute d'autofinancement, le résultat d'exploitation ou bien sur les dividendes distribués par la société partie.

⁴²³ Qui tient compte du cours moyen de l'action de la société si elle est cotée ou, sinon, du cours moyen des valeurs mobilières des sociétés comparables.

⁴²⁴ Position-recommandation AMF n° 2011-11 du 21 juillet 2011 relative aux opérations d'apports ou de fusion ; Rev. dr. bancaire et financier, sep. 2011, n° 5.

⁴²⁵ La notion d'offre au public a supprimé celle d'appel public à l'épargne par l'ordonnance n° 2009-80 du 22 janvier 2009 relative à l'appel public à l'épargne et portant diverses dispositions en matière financière.

⁴²⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc., n° 832, p. 358.

⁴²⁷ Lettre d'actualités audit et comptabilité, juill. 2011- nov. 2011 : Bull. CNCC, sep. 2011, p. 230, disponible sur le site www.bakertillyfrance.com. A l'époque, le CNC a partagé la recommandation de la COB : voir avis n° 382-70-16, communication de l'ANSA, n° 1464.

⁴²⁸ Le ministère de la justice énonce que l'option d'une ou plusieurs méthodes d'évaluation relève de la seule responsabilité des commissaires aux fusions : rép. mins. 15 avr. 1975, préc.

⁴²⁹ La CNCC a été constituée par l'ordonnance 2009-79 du 22 janvier 2009 et résultant de la fusion entre le Conseil national de la comptabilité (CNC) et le Comité de la réglementation comptable (CRC) ; voir J.-L. Siegwart et L. Cassio, Introduction à la comptabilité, 4^e éd. Nathan, 2010, p. 33.

a) Le contenu des méthodes de l'évaluation : existence de multiples méthodes

149. La comparaison de la valeur des sociétés parties à une opération de fusion repose sur des méthodes d'évaluation différentes. Les recommandations de l'AMF sont fondées sur trois principes : utiliser plusieurs critères d'évaluation, employer des méthodes distinctes et significatives.

Quant au premier principe, il est nécessaire d'employer plusieurs critères à la condition que leur nombre ne soit pas excessif et ils ne compliquent pas inutilement le calcul de parité d'échange et son appréciation par les actionnaires⁴³⁰. Toutefois, il est possible d'avoir recours à un seul critère dans des cas extrêmement exceptionnels. Ensuite, les personnes chargées de l'évaluation de la valeur des sociétés en cause doivent utiliser des critères distincts et que ces derniers ne fassent pas l'objet de double emploi⁴³¹. Finalement, les critères retenus doivent être véritablement significatifs de la valeur des sociétés parties aux fusions. A cet égard, la recommandation de l'AMF fournit des précisions tellement importantes à la disposition des personnes chargées de l'évaluation. Ces dispositions sont toujours présentes à l'esprit lors du calcul de la valeur des sociétés en cause⁴³².

Les méthodes susmentionnées sont normalement utilisées dans les situations habituelles. Mais, il peut arriver que l'activité d'une des sociétés parties aux fusions présente un cas particulier. Dans cette hypothèse, l'AMF permet aux personnes chargées de l'évaluation d'utiliser des éléments non habituels.

⁴³⁰ Le juge des référés peut être amené à décider l'ajournement de l'assemblée générale extraordinaire dans le cas où un seul critère d'évaluation a été utilisé ou si une erreur manifeste décelée dans l'emploi d'un ou plusieurs critères : T. com. Paris, 1^{er} déc. 1992 : JCP E 1993, II, n° 384.

⁴³¹ L'AMF considère que le bénéfice net, la marge brute d'autofinancement et le bénéfice brut ne constituent pas une seule et même approche.

⁴³² Par exemple, l'AMF précise que la capitalisation boursière ne peut être comme critère significatif lorsque les négociations ne sont pas régulières et ne portent pas sur un nombre suffisant des titres ; voir A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc., n° 82924.

b) Les critères de choix des méthodes d'évaluation : source de variété du droit français

150. Sauf des exceptions justifiées par des cas particuliers, la question se pose de savoir comment choisir, parmi les différentes méthodes, celles devant être utilisées pour chaque fusion. Sur cette question, il convient d'avoir recours à trois instructions qui sont toujours présentes et qui doivent être respectées.

Tout d'abord, le choix doit être basé sur des considérations de type économique. Sur ce point, d'après l'AMF⁴³³, la parité d'échange présentée par les sociétés concernées par l'opération est appréciée à un double élément. Le premier est celui de la logique financière et industrielle, alors que le deuxième est celui des intérêts des actionnaires. Les méthodes d'évaluation retenues varient selon que l'opération concerne soit la fusion de deux sociétés indépendantes et de taille parallèle, soit l'acquisition d'une société par une autre plus importante, soit la réorganisation d'un groupe de sociétés.

151. A propos de la fusion des deux sociétés indépendantes, il est opportun de retenir pour chacune des sociétés en présence des méthodes identiques à moins que les deux sociétés aient une rentabilité ou une activité différente. Toutefois, l'emploi du principe « identité des méthodes » ne sera pas retenu dans le cas où la fusion concerne l'absorption d'une petite société par une autre plus grande. Dans ces perspectives, la recommandation de l'AMF énonce que la valeur de la petite société absorbée est appréciée en considération d'une détention durable lui assurant des revenus et des possibilités d'influence⁴³⁴. Enfin, lorsque la fusion concerne la restructuration d'un groupe de sociétés, il faut veiller à ce que les méthodes retenues n'aboutissent pas à nuire aux intérêts de certains actionnaires, et notamment à dégrader la situation des actionnaires minoritaires des sociétés en cause⁴³⁵. Il en découle que les personnes chargées de l'évaluation de chacune des sociétés en présence doivent prendre en

⁴³³ Recommandation-position de l'AMF du 21 juillet 2011 qui a prolongé celle de la COB du 1977.

⁴³⁴ Dans ce sens, la communication de l'AMF précise que « Lorsqu'une ... société holding absorbe une petite société possédant des participations dans deux ou trois entreprises, les apports (c'est-à-dire les titres de participation) constitueront pour la holding des actifs immobilisés dont la valeur doit être appréciée en considération d'une détention durable lui assurant des revenus directs ou indirects et des possibilités d'influence. Pour les apporteurs au contraire, c'est-à-dire les actionnaires de la petite société absorbée, les actions de la grande société qu'ils vont recevoir ne peuvent leur donner, sauf exception, aucune influence dans la gestion ; elles doivent donc être estimées, pour la fixation de la parité, d'après la valeur vénale au détail, c'est-à-dire en fonction des cours de bourse ou d'après la capitalisation des dividendes à un taux approprié selon le secteur d'activité ».

⁴³⁵ Le prolongement de la COB par la reomm. AMF.

considération tous les intérêts concernés par l'opération. Cette obligation imposée aux commissaires à la fusion pourrait donc influencer le choix des critères d'évaluation. Le critère du cours de bourse est, par exemple, écarté dans la période de dépression boursière lorsqu'il aboutit à acquérir le contrôle à un coût faible⁴³⁶.

En deuxième lieu, lorsque les circonstances économiques des sociétés n'exigent pas que des méthodes différentes soient retenues pour chacune des sociétés parties à l'opération, des méthodes identiques doivent être appliquées de façon homogène. Si l'actif net, par exemple, a été choisi comme méthode, l'homogénéité nécessite que celui-ci doive être apprécié, par chacune des sociétés parties, sur une période et aux éléments identiques. À défaut, les intérêts des actionnaires ou associés de chacune des sociétés en présence risquent d'être préjudiciables⁴³⁷.

152. En dernier lieu, l'AMF considère que, sauf justification pertinente, l'emploi des coefficients de pondération, des ratios, voire des abattements forfaitaires doit être écarté. Ces critères sont de nature à fausser l'appréciation des actionnaires⁴³⁸. Par conséquent, les actionnaires doivent être en mesure de contrôler et vérifier les critères employés pour l'évaluation de la parité d'échange. De ce fait, la caractéristique arbitraire de ces abattements peut empêcher les actionnaires d'exercer le contrôle qui leur est accordé⁴³⁹.

Donc, le choix d'une telle ou telle méthode d'évaluation des sociétés en cause a des conséquences très importantes sur la détermination de la parité d'échange.

⁴³⁶ La communication de l'AMF énonce qu'il convient « d'écarter le cours de bourse de ces actions qui ne se justifierait d'ailleurs pas du point de vue de la logique économique puisque les actions d'apport ne sont pas destinées à être vendues par ceux qui les reçoivent. Pour ces derniers, ces titres ont une valeur d'usage différente de la valeur vénale, supérieure à celle-ci dans l'hypothèse envisagée, et le point de vue de la protection des minoritaires rejoint celui-ci des dirigeants pour faire écarter cette valeur vénale dépréciée que représente le cours de bourse ».

⁴³⁷ Paris, 17 janvier 1972, JCP 1972, II, 17238, note J.-J. Brust.

⁴³⁸ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82940.

⁴³⁹ En ce sens, la communication de l'AMF précise que « ces procédés tendent à priver l'actionnaire de son pouvoir d'appréciation en lui présentant comme une certitude inattaquable donné par un calcul mathématique ce qui n'est, en réalité, que le résultat d'un choix délibéré ou d'une négociation ».

2° Les conséquences de l'évaluation

153. L'évaluation des sociétés parties à l'opération de fusion vise à déterminer la parité d'échange. Cette dernière est considérée comme une des bases nécessaires des opérations de fusion ou le législateur précise que la rémunération de l'apport de patrimoine effectué au profit des sociétés bénéficiaires de l'opération est assurée par l'attribution de parts sociales. Il en résulte qu'il est indispensable de déterminer la parité d'échange (a) notamment dans le cas où les sociétés en cause sont liées par une participation en capital (b).

a) La nécessaire détermination de la parité d'échange

154. En application des critères d'évaluation des sociétés en présence, la valeur accordée à chacune de ces sociétés doit être divisée par le nombre d'actions ou parts sociales émises, ce qui permet, par la suite, de déterminer la valeur unitaire du titre de chaque société participant à l'opération⁴⁴⁰. Ainsi, lorsqu'on compare entre ces deux valeurs unitaires, cela permettrait de montrer la parité d'échange des titres de la société absorbée contre les titres émis en rémunération par la société absorbante⁴⁴¹.

En conséquence, la parité d'échange permet de déterminer le nombre d'actions qui sera émis par la société bénéficiaire de l'opération (α). Ainsi, il convient d'envisager le cas de divergence entre la valeur réelle et la valeur nominale des parts sociales (β).

α) Le nombre d'actions émises par la société bénéficiaire de l'opération

155. A priori, le nombre d'actions à émettre par la société bénéficiaire de l'opération (la société nouvellement créée ou la société absorbante) est égal à celui émis par la société absorbée multiplié par la parité d'échange préalablement calculée. Cependant, l'opération d'échange permet parfois d'avoir une différence entre la valeur nominale de l'action nouvelle

⁴⁴⁰ S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? Bull. Joly Sociétés 2002, n° 10, p. 1003.

⁴⁴¹ V. Fosse, T.R. Ralaza et M.-C. Rosier, Comptabilité et audit, éd. Eyrolles, 2012, p. 75.

et celle de l'action ancienne, ce qui fait apparaître un rompu. Ce dernier représente « *la valeur fractionnaire correspondant au rapport entre la valeur nominale d'une action nouvelle et la valeur nominale d'une action ancienne* »⁴⁴².

La négociation du rompu paraît difficile, mais on imagine différentes solutions qui permettent de l'éviter en entier ou au moins d'en réduire la portée. Le législateur⁴⁴³ a reconnu aux associés de la société absorbée le droit de recevoir une soulte en espèce qui permet de limiter les inconvénients de rompu⁴⁴⁴. Le montant de la soulte est limité à 10% de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées. Cette soulte permet d'éviter l'apparition de nombreux problèmes. En outre, un actionnaire ou associé peut renoncer à son droit sur certains titres, ce qui permet de distribuer ces titres aux actionnaires ou associés qui se trouvent dans le cas du rompu⁴⁴⁵.

156. Enfin, la loi sur les sociétés commerciales prévoit, pour la société anonyme, la possibilité de procéder à l'achat de ses propres actions dans le but de faciliter certaines opérations de regroupement de sociétés. Ce moyen porte sur « un petit nombre d'actions » qui ne doit pas dépasser 0,25 % du montant du capital social⁴⁴⁶. Il permet d'écarter les rompus, de faciliter une augmentation de capital et réaliser une opération de fusion. Cette procédure doit être autorisée par l'assemblée générale extraordinaire qui autorise, à son tour, le conseil d'administration ou le directoire à effectuer l'opération⁴⁴⁷. Ainsi, le commissaire à la fusion donne, dans un rapport spécial, son avis sur l'opportunité et les modalités du rachat d'actions⁴⁴⁸.

Toutefois, il peut arriver que la valeur réelle mis en échange ne corresponde pas à leur valeur nominale. Dans ce cas, quelle solution sera-t-elle envisagée ?

⁴⁴² Voir la définition du dictionnaire juridique qui est disponible sur le site <http://www.dictionnaire-juridique.com>.

⁴⁴³ Art. L. 236-1, C. com.

⁴⁴⁴ G. Olivier, Le remboursement d'un rompu à un associé d'une SCPI peut-il être assimilé à une soulte ? Bull. Joly Sociétés 2010, n° 10, p. 850.

⁴⁴⁵ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 855, p. 367.

⁴⁴⁶ Art. R. 225-156, al. 1 du Code de commerce.

⁴⁴⁷ H. Le Nabasque, Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées, Rev. sociétés, 2012, p. 271.

⁴⁴⁸ Art. R. 225-156, al. 3 du C. com.

β) La divergence entre la valeur réelle et la valeur nominale des parts sociales

157. Lorsque la valeur réelle de titres remis en échange ne correspond à leur montant nominal, on peut envisager deux hypothèses : la première réside dans le cas où la valeur réelle des titres de la société bénéficiaire est supérieure à leur montant nominal, alors que la deuxième se caractérise par le fait que la valeur réelle des titres de cette société est inférieure à leur montant nominal.

S'agissant de la première hypothèse, la divergence entre la valeur réelle et nominale aboutit à la création de « prime de fusion ». La jurisprudence a précisé que la prime de fusion est justifiée par l'écart entre la valeur des biens apportés par la société ancienne et la valeur nominale des titres émis par la société nouvelle⁴⁴⁹. La prime de fusion peut être utilisée pour acquitter les différents coûts concernant la réalisation de la fusion⁴⁵⁰. Cette prime peut aussi être utilisée pour constituer des provisions et doter la réserve légale de la société bénéficiaire de l'opération⁴⁵¹. Enfin, lors d'une augmentation de capital de la société nouvellement créée ou absorbante, la prime de fusion peut être incorporée au capital de cette dernière⁴⁵².

Concernant la deuxième hypothèse, lorsque la valeur réelle des titres émis est inférieure à la valeur nominale, il n'y a aucune solution certaine. Dans ce cas, il vaut mieux changer le sens de la fusion en considérant la société bénéficiaire comme absorbée et celle absorbée devient absorbante⁴⁵³. Toutefois, puisque cette solution modifie le sens de la fusion, l'opération n'est pas toujours réalisée sous cette forme. S'il n'est pas possible de modifier le sens de la fusion, la pratique a envisagé d'autres solutions⁴⁵⁴. On peut, avant la fusion, procéder à une réduction de capital de la société bénéficiaire en vue de ramener la valeur des parts ou actions à leur valeur nominale. Dans ce cas, la fusion peut être effectuée sans avoir recours à une prime de fusion. En tout état de cause, lorsqu'on ne peut pas émettre des parts ou actions à une valeur inférieure à celle fixée par les statuts, il est possible de rémunérer les

⁴⁴⁹ CA Versailles, 27 janv. 2005, n° 03-4697 : RTD com., 2005, p. 368, obs. P. Le Cannu ; Paris, 17 janvier 1972, Gaz. Pal. 1972, II, p. 500.

⁴⁵⁰ Voir le paragraphe 6 du Règlement de l'Autorité des normes comptables (anciennement Comité de la réglementation comptable) n° 2004-01 du 4 mai 2004 relatif au traitement comptable des fusions et opérations assimilées.

⁴⁵¹ A. Amer-Yahia, Le régime juridique des dividendes, éd. L'Harmattan, 2010, n° 87, p. 91.

⁴⁵² B. Lecourt, La loi DDAC du 3 juillet 2008 réformant le code de commerce dans ses dispositions relatives au gouvernement d'entreprises, aux fusions internes, à la SARL et à la SE, Rev. sociétés, 2008, p. 563.

⁴⁵³ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 861, p. 369.

⁴⁵⁴ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, op. cit. n° 1946.

associés de la société absorbée en leur accordant des parts ou actions de préférence jouissant d'avantages particuliers par rapport aux autres titres⁴⁵⁵.

L'évaluation des sociétés parties aux fusions ne vient pas toujours sans problèmes. Elle peut surgir des difficultés notamment dans le cas où celles-ci sont liées par une participation en capital.

b) Du sort de l'existence de participation entre les sociétés concernées par l'opération de fusion

158. Le déroulement des opérations de fusion peut être perturbé par l'existence de participations entre les sociétés en cause. Cette perturbation a des conséquences sur les sociétés participantes. Ces conséquences diffèrent selon que la société bénéficiaire possède une partie du capital de la société absorbée (α), ou que la société absorbée possède une portion du capital de la société bénéficiaire (β). Enfin, des participations réciproques pourront avoir lieu entre les sociétés intéressées (ζ).

α) La participation de la société absorbante dans la société absorbée

159. La possession de la société bénéficiaire d'une fraction du capital de la société qui disparaît fait l'objet de plusieurs solutions. Tout d'abord, on peut avoir recours au procédé de la fusion-renonciation où la société absorbante se limite à émettre des titres pour rémunérer les associés ou actionnaires de la société absorbée autre qu'elle-même. Dans cette hypothèse, la participation de la société absorbante dans le capital de la société absorbée se traduit en autocontrôle. Pour cela, il est opportun de limiter cette forme d'autocontrôle en ayant recours à la technique de la fusion-renonciation⁴⁵⁶. Donc, la société absorbante renonce à émettre les

⁴⁵⁵ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc., n° 82946.

⁴⁵⁶ Voir la *lexique-finance*, disponible sur le site www.trader-finance.fr : Lorsqu'il apparaît, lors d'une fusion, que « l'actif net reçu par la société absorbante, à hauteur de sa participation dans la société absorbée, a une valeur supérieure à la valeur comptable de cette participation », cette plus-value est appelée « boni de

titres qui devaient lui revenir⁴⁵⁷.

A défaut, on recourait au procédé de la fusion-allotissement représentant par l'attribution d'une partie du patrimoine de la société qui disparaît, correspondant aux droits de la société bénéficiaire, à la société absorbante. Dans cette technique, il y a un partage partiel du patrimoine de l'absorbée au profit de la société absorbante, le surplus fait seulement l'objet d'une véritable fusion. En effet, ce procédé n'est pas pratiquement retenu dans la mesure où le partage partiel de l'actif aboutit à un coût fiscal élevé⁴⁵⁸.

160. Le législateur a pris en considérations ces solutions ; il a précisé que l'échange de titres n'est pas effectué lorsque les parts ou actions des sociétés qui disparaissent sont détenues soit par la société bénéficiaire ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société⁴⁵⁹. D'après cet article, le législateur a adopté le procédé de la fusion-renonciation. Il en résulte que lorsque la société bénéficiaire détient une portion du capital de la société qui disparaît, la société bénéficiaire se borne à limiter sa propre augmentation du capital au seul nombre de titres nécessaires pour assurer la rémunération des associés ou actionnaires de la société qui disparaît, sauf elle-même⁴⁶⁰. La portée de la fusion-renonciation est donc grande dans la mesure où une fraction de capital de la société qui disparaît est détenue par un tiers agissant en son propre nom mais pour le compte de la société absorbante⁴⁶¹. En effet, le législateur vise ici l'hypothèse où une partie de capital de la société absorbée est détenue par une société détenue majoritairement ou totalement par la société absorbante.

La deuxième hypothèse envisagée par le législateur réside dans le cas où l'échange de titres n'est pas opéré lorsque les droits sociaux de la société absorbée sont détenues par elle-même ou par une autre personne agissant en son propre nom mais pour le compte de la société

fusion ». En effet, il ne sera pas convenable de bloquer dans le même compte une prime de fusion et un boni de liquidation. Au contraire, lorsque la valeur de l'actif net reçu par l'absorbante, à hauteur de sa participation dans l'absorbée, est inférieure à la valeur nette comptable de cette participation, cette différence donne lieu à la constatation d'une moins-value. Cette dernière doit être inscrite à l'actif de l'absorbante dans un sous-compte, sous le nom de « mali de fusion » : A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82966.

⁴⁵⁷ R. Obert, *Fusion et consolidation*, 3^e éd. Francis Lefebvre, 2013, p. 46.

⁴⁵⁸ La plus-value réalisée par la société qui disparaît a partiellement le caractère d'une plus-value de fusion. Hormis l'actif alloti, « il s'agit d'une plus-value de liquidation ne bénéficiant pas de l'exonération fiscale prévues pour les plus-values de fusion » : G. Legros, *Ingénierie financière : Fusions, acquisitions et autres restructurations de capitaux*, éd. Dunod, 2012, p. 132.

⁴⁵⁹ Art. L. 236-3, II, 1^o, C. com.

⁴⁶⁰ D. Gibirila, *JurisClasseur*, préc.

⁴⁶¹ M. Chadeaux, préc, n° 454, p. 101.

absorbée⁴⁶². Dans ce cas, la société absorbante peut se contenter que l'émission de titres nécessaire pour rémunérer la partie du capital de la société absorbée ne fait pas l'objet d'une autodétention⁴⁶³.

Pour résumer, les dispositions de l'article L. 236-3 du Code de commerce montre que le procédé de la fusion-renonciation est pratiquement le plus utilisé, alors que celui-ci de la fusion-allotissement n'est pas très employé en raison de son coût fiscal. En effet, les sociétés parties choisissent le plus souvent le mécanisme de la fusion-renonciation.

Cependant, la question se pose de savoir si les solutions qui viennent d'être exposées seront également retenues lorsque la société absorbée a une participation dans le capital social de la société absorbante.

β) La participation de la société absorbée dans le capital de la société absorbante

161. Lorsque la société absorbée possède une fraction du capital de la société absorbante, cette dernière détient dans le cadre de l'apport une partie de ses propres actions. La loi sur la fusion n'a pas posé aucune solution à propos de cette situation, il faut donc se référer aux règles traditionnelles qui distinguent entre l'hypothèse où la société absorbante est une société par actions ou non.

Lorsque la société absorbante est une société par actions, elle est autorisée à conserver les actions anciennement possédées par la société absorbée. Mais, elle ne peut pas posséder plus de 10 % de son propre capital⁴⁶⁴. Au-delà de 10 %, le législateur oblige l'absorbante à céder les actions excédentaires dans un délai de deux ans à compter de la réalisation définitive de la fusion. Toutefois, puisque cette solution n'est pas impérative et dans la mesure où elle préfère ne pas posséder ses propres actions⁴⁶⁵, elle peut procéder à la réduction de son capital en vue d'annuler les actions reçues⁴⁶⁶.

162. Si la société absorbante n'est pas une société par actions, aucune disposition légale

⁴⁶² Art. L. 236-3, II, 2°, C. com.

⁴⁶³ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 867, p. 371.

⁴⁶⁴ Art. L. 225-213, C. com.

⁴⁶⁵ C. Beau, Ch. Collette, E. Wa Mandzila, F. Masson, T. Roy et R. Manita, Comptabilité et audit, 2^e éd. Nathan, 2011, p. 137.

⁴⁶⁶ G. Melyon et B. Rebouh, Comptabilité des sociétés commerciales, éd. Bréal, 2002, n° 61, p. 218

n'a été posée pour résoudre ce problème, mais d'autres solutions peuvent être envisagées⁴⁶⁷. Tout d'abord, on peut céder les titres de la société qui disparaît à un tiers. Cette solution suppose l'existence d'un acquéreur qui est prêt à acheter ces titres. De même, elle permet à faire intervenir un tiers dans l'opération de fusion, ce qui aboutit à en perturber l'équilibre. On peut avoir recours à une autre solution qui consiste, pour la société absorbée, à distribuer les titres de la société absorbante entre ses propres associés⁴⁶⁸. En raison de son coût fiscal élevé, cette solution est peu pratiquement utilisée. Pour cela, il convient d'opter pour une troisième solution caractérisée par la réduction du capital de la société absorbante puisque cette dernière ne peut pas détenir ses propres titres. Cette solution, même si elle n'est pas motivée par des pertes, est la plus utilisée dans la mesure où la procédure de fusion permet de protéger les intérêts des créanciers sociaux⁴⁶⁹.

Il reste maintenant à envisager l'hypothèse où les deux sociétés détiennent des participations réciproques.

ç) La participation réciproque entre la société absorbante et la société absorbée

163. Lorsque la société absorbante et la société absorbée détiennent des participations réciproques, les procédures de chacun des deux mécanismes examinés ci-dessus sont applicables. C'est-à-dire, on recourt à la fusion-renonciation, conformément aux dispositions de l'article L. 236-3 du Code de commerce, lorsque la participation dans le capital de la société absorbée est détenue par la société absorbante. Ensuite, on procède à la réduction du capital de la société bénéficiaire lorsque la société qui disparaît détient une participation dans l'absorbante, pour éviter que cette dernière ne devienne pas propriétaire de ses propres titres⁴⁷⁰.

Ce n'est pas seulement le droit français qui adopte des dispositions régissant la question

⁴⁶⁷ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 871, p. 372 et 373.

⁴⁶⁸ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82970.

⁴⁶⁹ Les créanciers sociaux de l'absorbante bénéficient d'une protection équivalente à celle qui résulte des termes de l'article L. 225-205(notamment la possibilité de former opposition) : A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Pratique*, Francis Lefebvre, préc, n° 82972, p. 1399.

⁴⁷⁰ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82973.

de l'évaluation des sociétés concernées par la fusion. Il y a aussi une place pour le droit syrien en matière d'évaluation. Cependant, le législateur syrien a seulement laissé des traces en la matière, sans qu'il précise ou définit le paramètre de l'évaluation.

B. La carence du droit syrien

164. Force est de constater que l'évaluation des sociétés participant aux fusions est un des sujets qui occupe une importance pendant les négociations entre les représentants des sociétés parties⁴⁷¹. Néanmoins, cette phase de fusion n'a pas été soignée comme il faut par le législateur syrien. En effet, le législateur a énoncé une règle ample d'évaluation (1°) caractérisée par l'absence des critères permettant aux parties de les suivre afin de déterminer la parité d'échange.

1° Une règle ample d'évaluation

165. Les fusions des sociétés sont des opérations véritablement variables. Les entités participant peuvent être nombreuses comme elles peuvent n'être que deux. Lorsque deux ou plusieurs sociétés se rapprochent, elles organisent librement les modalités de ce rapprochement. En d'autres termes, elles ne sont soumises, pendant la période de négociation, à aucune condition de délai ni à aucune formalité juridique. A ce stade, les représentants des sociétés négocient les conditions essentielles de la fusion. L'évaluation des sociétés en cause est considérée une de ces conditions, sans laquelle l'opération ne peut pas aboutir à ses fins.

En droit de fusion, le Code des sociétés n'a pas apporté des règles permettant aux sociétés intéressées d'évaluer leurs actifs lors d'une fusion. Cependant, l'ordonnance n° 13 du 19 janvier 2011 relative à la réévaluation des actifs des sociétés a prévu que l'évaluation d'une société dépend de sa valeur effective le jour où on procède à cette opération⁴⁷².

⁴⁷¹ H. Alsagheer, préc, p. 174.

⁴⁷² Voir l'article 1-1 de l'ordonnance n° 13 du 19 janvier 2011.

Autrement dit, lorsqu'il y a une différence d'évaluation entre le patrimoine d'une société au jour de sa création et celui de son absorption, on prend en considération son évaluation au jour où elle disparaît du fait de la fusion.

On en conclut que le législateur de 2011 a adopté un principe général selon lequel l'évaluation d'une société intervenant dans une fusion s'opère par la valeur réelle de ses actifs. La valeur réelle est prise en compte à la date de la réalisation de l'opération de fusion.

Toutefois, le droit syrien de fusion n'a pas envisagé des méthodes techniques d'évaluation auxquelles les sociétés concernées peuvent recourir pour évaluer leurs actifs.

2° Absence injustifiée des critères d'évaluation

166. Comme le législateur français, le législateur syrien n'a pas imposé aux sociétés désirant fusionner des méthodes spécifiques pour évaluer leurs actifs. De ce fait, le législateur syrien a laissé aux sociétés parties la liberté de choisir les critères convenables pour l'évaluation de leurs actifs. Mais, cette évaluation est soumise à un contrôle ultérieur⁴⁷³ afin de protéger les intérêts des associés et des créanciers sociaux⁴⁷⁴.

En l'absence des critères régissant l'évaluation des sociétés intervenant dans une fusion, le législateur précise que les actifs de la société absorbée sont considérés comme apports en nature au sein de la société bénéficiaire de l'opération⁴⁷⁵. Les actifs d'une société sont considérés comme apports en nature car ils représentent des biens autres que l'argent⁴⁷⁶. Or, les actifs de la société objet d'une fusion sont soumis aux exigences applicables aux apports en nature prévues à l'article 59 du Code des sociétés. De fait, il faut se référer aux principes généraux figurant au Code des sociétés. Selon le premier alinéa de cet article, l'évaluation des apports en nature se fait par une société de comptabilité agréée par le Ministère du commerce et de l'économie et qui est responsable de cette évaluation envers les tiers⁴⁷⁷. L'évaluation

⁴⁷³ Ce contrôle est exercé par les départements des finances compétents : voir l'article 1^{er}, ali. 2 de l'ordonnance n° 13 du 2011.

⁴⁷⁴ A. Mahrez, préc, n° 119, p. 147.

⁴⁷⁵ Art. 11-1 de l'ordonnance n° 13 du 19 janvier 2011.

⁴⁷⁶ Ces biens peuvent être corporels (matériels, immeubles, terrains ...) ou incorporels (brevets, créances, clientèle, contrats ...).

⁴⁷⁷ Voir J. Meknass, préc, p. 229.

présentée par les personnes chargées doit exprimer la valeur réelle des actifs de la société en cause. A défaut, ces personnes sont solidairement responsables⁴⁷⁸.

Pour conclure, comme en droit français, on espère que la Commission des marchés financiers et des sécurités (CMFS) prend, dans l'avenir, un rôle efficace dans l'adoption des critères d'évaluation. Ceux-ci ouvrent aux sociétés parties aux fusions la possibilité d'y recourir pour donner une véritable évaluation de leurs actifs.

167. Conclusion de la section II. Bien que la fusion constitue un procédé de concentration commun aux autres groupements de droit privé, une intervention du législateur, français et syrien, pour réglementer l'étendue de cette opération nous semble nécessaire. L'influence exercée par la doctrine en la matière peut être un bon départ pour mettre cette conception en place. Dès lors que les entités parties à l'opération ne sont pas expressément interdites de fusionner, la fusion peut être retenue à chaque fois celle-ci est décidée à l'unanimité, en cas de silence des statuts, des membres de l'entité participant et la règle de la transmission universelle de patrimoine se trouve appliquée. Cette conception nous amène à légitimer la fusion de groupement d'intérêt économique.

Par ailleurs, l'évaluation des sociétés parties à la fusion reste une question très sensible dans la mesure où les méthodes retenues doivent prendre en compte l'environnement dans lequel évolue la société en cause. L'emploi de plusieurs méthodes paraît nécessaire afin de protéger les intérêts des associés des sociétés candidates et déterminer la parité d'échange. En l'absence de ces critères en droit syrien, le législateur, la doctrine et la Commission des marchés financiers doivent s'entraider pour trouver des solutions et proposer aux sociétés participant aux fusions des méthodes d'évaluation permettant de déterminer une parité d'échange équitable. Faute de quoi, il faut se référer aux critères d'évaluation retenus en droit français qui permettent d'enrichir le manque en droit syrien.

⁴⁷⁸ Art. 59-2, C. soc.

168. Conclusion du chapitre I. Il est aujourd'hui acquis que la fusion ne peut être effectuée qu'avec l'existence de certaines conditions de fond. Ces conditions concernent autant les sociétés parties à l'opération que les associés de celles-ci. Elles s'appliquent en droit français au même titre que le droit syrien, elles font de ce dernier similaire au premier. Être au moins deux dans cette opération et être titulaire de la personnalité morale, la fusion peut être ouverte aux sociétés. Lorsque ces dernières sont dépourvues de la personnalité morale, elles n'ont pas le droit à participer à ce mode de concentration. De même, la fusion ne doit conduire ni à obliger les associés des sociétés intervenant à quitter leur société ni à faire perdre leur qualité d'associé du fait de la disparition de leur société. A contrario, suite à la fusion de leur société, ces associés deviennent automatiquement associés de la société bénéficiaire de l'opération. Sous peine de nullité, la fusion ne doit pas d'ailleurs avoir pour conséquence d'augmenter les engagements de ceux-ci. La fusion ne doit pas être réservée aux seules sociétés, la règle de la transmission universelle de patrimoine doit être étendue aux autres groupements jouissant de la personnalité morale. Même si aucun texte ne le prévoit, la fusion peut avoir lieu entre une société et un groupement d'intérêt économique dans la mesure où la transmission de patrimoine, constituant l'essence de l'opération de fusion, existe dans les deux entités. Sauf exception, le champ d'application de fusion peut être étendu à l'ensemble de personnes morales à moins que la loi interdise expressément cette opération.

Toutefois, l'évaluation des sociétés participant à la fusion demeure un domaine complexe dans la mesure où le poids relatif attribué à chaque société et la parité d'échange vont dépendre de cette évaluation. Comme le souligne Alain VIANDIER, « *l'opération d'évaluation est une opération diabolique qui dérouté les juristes voire les comptables eux-mêmes* »⁴⁷⁹. Il convient de veiller à ce que « les critères d'évaluation retenus sont multiples, significatifs, objectifs, mis en œuvre de manière homogène et qu'ils conduisent à un résultat équitable, ne lèsent pas les intérêts des minoritaires »⁴⁸⁰. Il importe, en effet, de protéger au maximum les associés des sociétés en cause dès l'évaluation préalable à la détermination de la parité d'échange. Cette approche multicritère existant en droit français depuis 1977 peut participer au développement du droit syrien en matière d'évaluation des sociétés participant aux opérations de fusion. Par analogie à l'AMF, la CMFS doit adopter des recommandations en mettant à la disposition des sociétés concernées des critères leur permettant d'évaluer leur patrimoine en cas de transfert lors d'une fusion. Pour ce faire, il nous semble que la CMFS

⁴⁷⁹ A. Viandier, note sous CA Paris, 1^{er} ch. A, 14 juin 1988, société Aux trois quartiers c/ Lattés, D. 1988, p. 505.

⁴⁸⁰ CA Paris, 1^{er} ch. sect. CBV, 8 juill. 1992, n° 92/1221, Haenel et autres c/ Sté Biscuits Poulet et autres ; Bull. Joly Sociétés 1992, n° 11, p. 1210, note L. Faugérolas ; D. 1992, p. 247.

peut se référer aux recommandations proposées par l'AMF.

Cependant, les conditions de fond ne sont pas suffisantes pour qualifier l'opération de fusion, des conditions de forme interviennent en la matière. Sans ces dernières, l'opération de fusion ne peut pas aboutir à sa réussite.

CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE FORME : DROIT STRUCTURÉ ET DROIT BOULEVERSE

169. Les conditions de forme d'une fusion changent d'un pays à un autre. Ces conditions ne sont pas les mêmes en droit français et en droit syrien. En droit français, le législateur a instauré des règles bien organisées quant à l'établissement du traité de fusion et son approbation par l'assemblée des associés. L'existence de la directive européenne relative à la fusion transfrontalière permet à l'enrichissement du droit français en la matière. La multiplication des règles envisagées et leur aménagement dans un corps législatif aboutit à la structuration du droit français par rapport au droit syrien quant aux conditions de forme (**Section I**). Comme chaque droit interne adopte ses propres règles quant aux conditions de forme, le droit syrien a opté pour des règles vastes manquant de la précision. L'absence des règles aussi structurées que le droit français aboutit au bouleversement du droit syrien en la matière (**Section II**).

Section I. La structuration du droit français

170. Lorsque les personnes chargées de l'évaluation de chacune des sociétés parties aux fusions terminent leur mission, un projet de fusion sera élaboré selon les procédures envisagées par le législateur (§I.). Le projet de fusion doit être approuvé par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés concernées (§II.).

§I. L'organisation de l'élaboration du projet de fusion

171. L'établissement du projet de fusion est soumis aux formalismes prévus par le législateur. Le législateur français a envisagé des procédures (B.) organisant cette phase de fusion qui sont en conformité avec celles prévues par le législateur européen (A.).

A. La contribution du droit européen à l'établissement du projet de fusion

172. Le rôle du législateur européen quant à l'établissement du projet de fusion se caractérise par deux phases. La première phase est relative aux procédures consacrées à la constitution du projet de fusion (1°) et la deuxième concerne le contrôle de ce projet (2°).

1° Les procédures envisagées pour la constitution du projet de fusion

173. La constitution du projet de fusion est soumise au respect de deux étapes. Tout à bord, les personnes chargées à établir le projet doivent préciser des indications quant à son contenu (a). Ensuite, le législateur européen a donné aux Etats membres la liberté d'exercer un contrôle sur le projet (b).

a) Le contenu du projet de fusion transfrontalière : l'existence des indications propres

174. Le projet de fusion transfrontalier doit contenir les indications suivantes : la forme, la dénomination et le siège statutaire des sociétés qui fusionnent et ceux envisagés pour la société issue de la fusion transfrontalière⁴⁸¹. De même, le projet doit comprendre le rapport d'échange des titres représentatifs du capital social et le montant de toute soulte en espèces⁴⁸². En plus, le projet doit contenir les modalités de distribution des titres de la société issue de la fusion transfrontalière aux associés de la société qui disparaît, ainsi que la date à partir de laquelle ces titres donnent le droit à participer aux bénéfices de la société bénéficiaire de l'opération⁴⁸³.

Les mentions suscitées se retrouvent aussi dans les fusions internes. Cependant, d'autres mentions ne concernent que les fusions transfrontalières et trouvent leur justification dans le caractère international de l'opération envisagée. L'article 5 de la dixième directive n° 2005/56/CE a ajouté trois mentions spécifiques aux fusions transfrontalières qui ne s'appliquent pas aux fusions internes. La première concerne les effets probables de la fusion frontalière sur l'emploi⁴⁸⁴. Cette disposition ne concerne pas les travailleurs dans la mesure où le projet de fusion ne leur est pas destiné⁴⁸⁵ et l'article 7 de la directive n° 2005/56/CE envisage, d'ailleurs, une mesure d'information de ceux-ci. En conséquence, certains estiment que cette disposition a pour objectif d'informer les associés et que les aspects sociaux qui les intéressent doivent figurer dans le traité de fusion⁴⁸⁶. La deuxième relative aux droits attribués aux associés ayant des droits spéciaux et aux porteurs de titres autres que des actions ou des parts représentatives du capital social ou les mesures proposés à leur égard⁴⁸⁷. Enfin, la troisième porte sur tous les avantages particuliers attribués aux experts qui examinent le projet de fusion et aux membres des organes d'administration, de direction, de surveillance ou de contrôle des sociétés fusionnées⁴⁸⁸.

⁴⁸¹ Art. 5, a) de la directive n° 2005/56/CE.

⁴⁸² Art. 5, b) de la directive n° 2005/56/CE ; H. Le Nabasque, Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 : Rev. sociétés 2008, p. 493.

⁴⁸³ Art. 5, c) et e) de la dixième directive n° 2005/56/CE ; voir G. Lesieur, Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire n° 2005/56/CE, Petites aff. 2008, n° 170, p. 8.

⁴⁸⁴ Voir l'article 5, d) de la directive n° 2005/56/CE.

⁴⁸⁵ P. Van Ommeslashe, « Les fusions transfrontalières de sociétés », Bruxelles, séminaire du 26 janv. 2006, p. 14.

⁴⁸⁶ F. Bernard, Les fusions transfrontalières au sein de l'Union européenne, préc, p. 61.

⁴⁸⁷ L'article 5, g) de la directive n° 2005/56/CE. Le droit français a repris la liste des informations qui doit figurer dans le projet de fusion transfrontalier sans y ajouter aucun élément (art. R. 236-14, C. com.).

⁴⁸⁸ L'article 5, h) de la directive n° 2005/56/CE.

175. En contrepartie, la directive européenne n° 2005/56/CE sur les fusions transfrontalières n'a rien prévu à propos de la forme du projet de fusion. Elle n'impose aucune exigence sur la forme de projet et énumère seulement les mentions qui doivent figurer dans ce dernier dans son article 5. Il en résulte, à notre avis, que le législateur européen, dans le but de respecter les exigences de forme posées par les législations nationales des sociétés en cause, ne veut imposer aucune formalité et laisse cette question aux législations nationales des Etats membres.

Par ailleurs, le projet de fusion transfrontalière doit faire aussi l'objet d'une publication.

b) La publication du projet de fusion transfrontalière : l'existence de mesures européennes et internes

176. La dixième directive n° 2005/56/CE exige que le projet de fusion transfrontalière soit publié selon les modalités prévues par la législation interne de chaque Etat membre conformément aux dispositions de l'article 3 de la directive n° 68/151/CEE⁴⁸⁹, un mois au moins avant la date de l'assemblée générale qui se prononce à ce sujet⁴⁹⁰. L'article 3 de la directive n° 68/151/CEE impose aux Etats membres d'ouvrir un dossier auprès, soit d'un registre, soit d'un registre du commerce ou registre des sociétés, pour chacune des sociétés qui y sont inscrites⁴⁹¹. Ainsi, tous les actes et les indications qui sont soumis à publicité sont transcrits au registre⁴⁹² : une copie des éléments doit pouvoir être obtenue par le tiers sans que le coût de celle-ci puisse être supérieur au coût administratif⁴⁹³. Aussi, tous les actes et indications font l'objet d'une publication soit intégrale ou par extrait, soit sous forme d'une

⁴⁸⁹ La directive 68/151/CEE du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalents, les garanties qui sont exigées, dans les Etats membres, des sociétés au sens de l'article 58 deuxième alinéa du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers. Cette directive a été modifiée par la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003 en ce qui concerne les obligations de publicité de certaines formes de sociétés (article premier, point 3).

⁴⁹⁰ L'article 6, point 1 de la directive n° 2005/56/CE ; voir également M. Menjucq, F. Marshall, D. Van Den Bulke, M. Butcher et C. Neuville, Les fusions transfrontalières, RLDA 2009, n° 37.

⁴⁹¹ Art. 1^{er}, 3), 1, la directive 2003/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 juillet 2003.

⁴⁹² Art. 1^{er}, 3), 2, la directive 2003/58/CE.

⁴⁹³ Art. 1^{er}, 3), 3, la directive 2003/58/CE.

mention signalant le dépôt du document au dossier ou sa transcription au registre⁴⁹⁴.

177. De surcroît, l'article 6, point 2 de la directive n° 2005/56/CE ajoute des indications qui doivent être publiées dans le Bulletin national des Etats membres⁴⁹⁵. En premier lieu, la forme, la dénomination et le siège de chacune des sociétés participant à l'opération⁴⁹⁶. Ensuite, le registre auprès duquel les actes ont été déposés pour chaque société qui fusionne ainsi que son numéro d'inscription⁴⁹⁷. Enfin, une indication des modalités d'exercice des droits des associés minoritaires et des créanciers pour chacune des sociétés objet de la fusion transfrontalière, ainsi que l'adresse à laquelle une information peut être obtenue sur ces modalités⁴⁹⁸. Cette disposition trouve sa justification dans le caractère transfrontalière de l'opération de fusion.

178. Cependant, l'obligation de publication n'est pas requise dans le cas où la société objet d'une fusion met gratuitement à la disposition du public le projet commun de fusion sur son site internet⁴⁹⁹. A cet effet, les États membres ne soumettent pas cette dispense à d'autres exigences ou contraintes que celles qui sont nécessaires pour garantir la sécurité du site internet et l'authenticité des documents et ils ne peuvent imposer de telles exigences ou contraintes que dans la mesure où elles sont proportionnées à la réalisation de ces objectifs⁵⁰⁰. Ainsi, les Etats membres peuvent exiger que la publicité soit assurée au moyen d'une plateforme électronique centrale. Ils peuvent aussi demander que cette publicité soit faite sur un autre site internet désigné par eux à cet effet. Lorsqu'ils recourent à l'une de ces possibilités, les Etats membres veillent à ce qu'il ne soit pas demandé aux sociétés participant d'acquitter des frais spécifiques pour cette publicité⁵⁰¹. En outre, les États membres peuvent exiger aux

⁴⁹⁴ Art. 1^{er}, 3), 4, la directive 2003/58/CE.

⁴⁹⁵ C. Cathiard et A.-S. Poirier, Fusion transfrontalière, Dalloz, octobre 2010, n° 120. En France, le projet doit être publié dans un journal habilité à recevoir des annonces légales du département de siège social des sociétés parties ainsi qu'au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales, un avis relatif au projet de fusion transfrontalière (art. R. 236-15, C. com.).

⁴⁹⁶ L'article 6, point 2, a), de la directive n° 2005/56/CE.

⁴⁹⁷ L'article 6, point 2, b), de la directive n° 2005/56/CE.

⁴⁹⁸ L'article 6, point 2, c), de la directive n° 2005/56/CE.

⁴⁹⁹ Cette publication doit avoir lieu un mois au moins avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à statuer sur le projet et ne s'achevant pas avant la fin de cette assemblée.

⁵⁰⁰ Voir art. 4, paragraphe 1, al. 1^{er} de la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 modifiant les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en qui concerne les obligations en matière de rapport et de documentation en cas de fusions ou de scissions.

⁵⁰¹ Art. 4, paragraphe 1, al. 2 de la directive n° 2009/109/CE. Néanmoins, L'interdiction de demander aux sociétés d'acquitter des frais spécifiques pour la publicité ne porte pas atteinte à la faculté qu'ont les États membres de répercuter sur les sociétés les coûts liés à la plate-forme électronique centrale (Art. 4, paragraphe 1, al. 3 de la directive n° 2009/109/CE).

sociétés en cause qu'elles maintiennent ces informations, pendant une certaine période après l'assemblée générale, sur leur site internet ou, le cas échéant, sur la plate-forme électronique centrale ou l'autre site internet désigné par l'État membre concerné. Les États membres peuvent déterminer les conséquences d'une interruption temporaire, pour des raisons techniques ou autres, de l'accès au site internet ou à la plate-forme électronique centrale⁵⁰².

Lorsque le projet de fusion est établi par les sociétés en cause, il serait soumis au contrôle ultérieur exercé par des personnes compétentes.

2° Le contrôle du projet de fusion transfrontalière : aspect de cohérence entre le droit interne et le droit européen

179. Une fois le projet de fusion constitué par les personnes chargées, il fait l'objet d'un contrôle. Le contrôle du projet commun de fusion transfrontalière est assuré par l'existence d'un expert indépendant (a). En outre, le législateur européen a laissé une place aux États membres de l'Union européenne de choisir la modalité appropriée d'exercer le contrôle sur le projet de fusion (b).

a) L'existence d'un expert indépendant

180. La dixième directive envisage la possibilité de faire contrôler le projet commun par un expert indépendant⁵⁰³. Pour ce faire, les sociétés parties à la fusion transfrontalière peuvent demander conjointement la désignation d'un ou plusieurs experts⁵⁰⁴. Cette demande est effectuée par une autorité judiciaire ou administrative de l'État membre dont relève l'une des sociétés qui fusionnent ou la société issue de la fusion transfrontalière⁵⁰⁵. Ces experts peuvent être des personnes physiques ou morales en fonction de ce qui prévu

⁵⁰² Art. 4, paragraphe 1, al. 4 de la directive n° 2009/109/CE.

⁵⁰³ C. Cathiard et A.-S. Poirier, préc, n° 39.

⁵⁰⁴ Voir l'article 8, point 2 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵⁰⁵ L'article 8, point 2 de la directive n° 2005/56/CE.

par la législation nationale de chaque Etat membre⁵⁰⁶. Mais, cette disposition n'est pas impérative dans la mesure où tous les associés de chacune des sociétés participant à la fusion décident de ne pas recourir à l'expert indépendant⁵⁰⁷.

L'expert indépendant a pour mission d'examiner le projet de fusion et établit, à cet effet, un rapport destiné aux associés de chaque société concernée par l'opération un mois au moins avant la réunion de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération projetée⁵⁰⁸. Le rapport doit contenir une déclaration précisant si le rapport d'échange est ou non pertinent et raisonnable. Cette déclaration⁵⁰⁹ doit au moins « a) indiquer la ou les méthodes suivies pour la détermination du rapport d'échange proposé ; b) indiquer si cette ou ces méthodes sont adéquates en l'espèce et mentionner les valeurs auxquelles chacune de ces méthodes conduisent, un avis étant donné sur l'importance relative donnée à ces méthodes dans la détermination de la valeur retenue. Le rapport indique en outre les difficultés particulières d'évaluation s'il en existe ».

Cependant, la directive prévoit la possibilité d'établir « un rapport unique destiné à l'ensemble des associés des sociétés qui participent à une opération de fusion transfrontalière »⁵¹⁰. Ce tempérament a pour but de « limiter les frais d'expert dans le cadre d'une fusion transfrontalière »⁵¹¹.

181. La dixième directive n'a rien prévu à propos de qualifications et de responsabilité des experts, cela signifie que ces questions sont réglées par les Etats membres. Elle a juste précisé qu'ils « sont habilités à demander à chacune des sociétés qui fusionnent toutes les informations qu'ils jugent nécessaires dans l'exécution de leurs fonctions »⁵¹².

182. Parallèlement au rapport établi par l'expert indépendant, un autre rapport vient s'ajouter dans une opération de fusion transfrontalière : c'est celui de direction ou d'administration de chacune des sociétés qui fusionnent⁵¹³. Ce rapport est destiné aux associés

⁵⁰⁶ Voir l'article 8, point 1 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵⁰⁷ Art. 8, point 4 de la même directive ; voir également A.-S. Cornette de Saint-Cyr et O. Rault, Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européenne, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2008, n° 15.

⁵⁰⁸ C. Cathiard et A.-S. Poirier, préc, n° 45.

⁵⁰⁹ Art. 10, paragraphe 2 de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978, concernant les fusions des sociétés anonymes, auquel renvoie l'article 8, point 3 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵¹⁰ Voir le considérant n° 6 de la directive.

⁵¹¹ H. Le Nabasque, préc.

⁵¹² L'article 8, point 3 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵¹³ E. Defiez, Les fusions transfrontalières de sociétés : étude de droit communautaire et de droit comparé

et porte sur les aspects juridiques et économiques de la fusion transfrontalière et explique les conséquences de cette fusion transfrontalière pour les associés, les créanciers et les salariés⁵¹⁴. En le faisant, ce rapport doit être mis à la disposition des associés et des représentants du personnel ou, s'il n'en existe pas, des salariés eux-mêmes au plus tard un mois avant la date de l'assemblée générale devant statuer sur le projet de fusion⁵¹⁵.

En tout état de cause, la dixième directive n'a pas imposé aux Etats membres des formalités précises qui doivent être exercées par ces derniers pour examiner le projet commun de fusion. Ceux-ci ont la liberté d'envisager des procédures particulières pour contrôler le projet d'une fusion transfrontalière.

b) Une liberté donnée aux Etats membres d'exercer le contrôle

183. La directive n° 2005/56/CE a apporté un principe selon lequel les Etats membres sont libres de choisir les procédures nécessaires pour contrôler le projet commun de fusion. Au regard du troisième considérant de la directive, chaque société participant aux fusions transfrontalières reste soumise aux dispositions et aux formalités de la législation nationale qui serait applicable aux fusions nationales⁵¹⁶. En effet, ayant pour objectif de faciliter les opérations de fusion transfrontalière, le législateur européen a laissé aux législateurs nationaux le soin de prévoir et d'organiser les formalités adéquates pour faire contrôler le projet commun d'une fusion transfrontalière.

184. L'opération de fusion transfrontalière fait l'objet de vérifications locales de conformité et de contrôle de légalité. Ce contrôle est effectué par l'autorité nationale de l'Etat membre où la société issue de l'opération serait immatriculée⁵¹⁷. Par voie de conséquence, la fusion transfrontalière fait l'objet de double contrôle. Le premier est exercé par l'autorité compétente de l'Etat pour contrôler la légalité de l'opération pour la partie de la procédure

franco-allemand, mémoire soutenu à l'Université Paris Ouest 10 (Nanterre), 2010, p. 34.

⁵¹⁴ L'article 7, alinéa premier de la dixième directive n° 2005/56/CE. Ce rapport est soumis aux dispositions de l'article L. 236-27 du Code de commerce lorsqu'une société partie a son siège en France.

⁵¹⁵ Voir l'article 7, alinéa 2 de la dixième directive n° 2005/56/CE.

⁵¹⁶ Le troisième considérant de la directive n° 2005/56/CE.

⁵¹⁷ I. MacElhone et Q. Lagier, Mise en œuvre de la directive sur les fusions transfrontalières en Europe, Fusions et Acquisitions Magazine, disponible sur le site <http://www.fusions-acquisitions.fr>, 2008, p.1.

relative à chacune des sociétés qui fusionnent et qui relève de sa législation nationale⁵¹⁸. En France, ce contrôle est réalisé par le greffier du tribunal dans le ressort duquel la société partie est immatriculée. En application de l'article R. 236-17 du Code de commerce, il appartient au greffier, à l'issue de ce contrôle, de délivrer une attestation de conformité des actes et formalités préalables à la fusion⁵¹⁹. Le législateur français ajoute que « ce certificat précise si une procédure d'analyse et de modification du rapport d'échange des titres ou d'indemnisation des associés minoritaires est en cours »⁵²⁰.

185. Quant au deuxième contrôle, il est attribué au tribunal, au notaire ou toute autorité compétente pour contrôler la légalité de la fusion transfrontalière pour la partie de la procédure relative à la réalisation de la fusion transfrontalière et à la constitution de la société nouvelle issue de l'opération projetée⁵²¹. En droit français, ce contrôle est confié à un notaire ou au greffier du tribunal dans le ressort duquel la société participant sera immatriculée. Ce contrôle vise la légalité de la réalisation de la fusion et de la constitution de la société nouvelle issue de la fusion⁵²². La spécificité de ce contrôle réside dans le cas où il n'a pas d'équivalent en fusion nationale⁵²³.

Le législateur a donc donné aux sociétés en cause la liberté de choisir entre un notaire ou le greffier qui a, à l'issue de ce contrôle, pour mission de produire le certificat de légalité⁵²⁴. Ce qui nous permettrait d'envisager les procédures prévues par le législateur français quant aux opérations de fusion nationale.

⁵¹⁸ Art. 10, point 1 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵¹⁹ D. Lencou et M. Menjucq, Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes !, Recueil Dalloz 2009, p. 886.

⁵²⁰ Art. L. 236-29, al. 2 du Code de commerce qui a été adopté conformément au point n° 3 de l'article 10 de la directive n° 2005/56/CE.

⁵²¹ Art. 11, point n° 1 de la dixième directive.

⁵²² Art. L. 236-30, al. 1, C. com.

⁵²³ M. Loy, G. Olczak-Godefert et E. Dion, Les nouvelles règles de fusion au sein de l'Union européenne : à manier avec précaution !, Fusions et Acquisitions Magazine, disponible sur le site <http://www.fusions-acquisitions.fr>, 29-04-2009, p.1.

⁵²⁴ A. Lienhard, Fusions transfrontalières : publication du décret d'application, Dalloz actualité, 8 janvier 2009.

B. L'aménagement des procédures adoptées en droit français

186. La loi sur les sociétés commerciales a donné une grande importance à l'accomplissement du projet de fusion. La mise en œuvre de ce projet est subordonnée à des principes généraux d'élaboration (1°) et à un contrôle exercé par des personnes spécialisées (2°).

1° Les principes généraux de l'élaboration du projet

187. Le législateur a imposé aux sociétés parties aux fusions d'établir par écrit un projet de fusion. En effet, contrairement au protocole de fusion, l'élaboration de projet de fusion est obligatoire par l'article L. 236-6 du Code de commerce. Le projet de fusion est établi par les organes d'administration de chacune des sociétés en présence⁵²⁵. Cette exigence nous amène à envisager trois points essentiels. En premier lieu, il faut examiner le contenu du projet (a), puis sa forme (b), et enfin sa publicité (c).

a) De la détermination du contenu du projet de fusion

188. L'article L. 236-6 du Code de commerce a imposé aux sociétés en cause la rédaction du projet, mais il n'a pas précisé le contenu de document. Néanmoins, l'article R. 236-1 du Code de commerce détermine les précisions qui doivent être représentées sur ce document. Selon le deuxième alinéa de cet article, le projet doit contenir les indications suivantes ; la forme, la dénomination et le siège social de chacune des sociétés concernées, les motifs, buts et les conditions de la fusion, les dates auxquelles ont été arrêtés les comptes des

⁵²⁵ Voir l'article R. 236-1, al. 1^{er} du code de commerce qui prévoit que le projet de fusion est arrêté par le conseil d'administration, le directoire, le ou les gérants de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion projetée.

sociétés intéressées utilisés pour établir les conditions de l'opération, la désignation et l'évaluation de l'actif et du passif qui seront transmis aux sociétés absorbantes ou nouvelles, les modalités de remise des parts ou actions et la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, le rapport d'échange des droits sociaux et enfin le montant prévu de la prime de fusion.

Il faut signaler que lorsque l'une des sociétés participant à l'opération fait offre au public⁵²⁶, il faut contacter l'AMF afin que cette dernière puisse contrôler les informations, relatives aux modalités de réalisation de fusion, fournies aux actionnaires⁵²⁷ et demander aux sociétés plus de précisions dans la rédaction du projet⁵²⁸.

Le projet de fusion doit être constitué sous une forme qui pourrait, par conséquent, faire l'objet d'une publication.

b) De l'étendue de la forme du projet de fusion

189. Puisque les sociétés participant aux fusions sont obligées à constituer un projet, il paraît logique que les parties expriment leur volonté de fusionner sur un support. En effet, afin que l'opération de fusion aboutisse à sa réussite, les parties doivent établir leur projet sous une forme juridique. A ce stade, deux points doivent être précisés ; le premier est relatif à l'exigence d'un acte authentique ou sous seing privé, alors que le deuxième point s'agit de la détermination des personnes habilitées à signer cet acte.

Concernant le premier cas, le législateur n'a pas retenu une solution précise, ce qui nous amène à revenir aux principes généraux. En principe, ce projet doit être rédigé par acte sous seing privé en, au moins, onze exemplaires. Cependant, ce nombre est augmenté si des

⁵²⁶ La société cotée est dispensée de la constitution d'un prospectus, lors de l'offre au public, si elle établit un document contenant des renseignements équivalents à ceux prévus dans un prospectus (Rég. gén. AMF, art. 212-4, 3°, 212-5 et 212-34).

⁵²⁷ L'émetteur est tenu de donner des informations aux actionnaires sur la valeur des apports et le rapport d'échange selon une approche multicritères (Position-recomm. AMF n° 2011-11 du 21 juill. 2011).

⁵²⁸ Le projet de document, établi par la société faisant offre au public, doit être soumis à l'AMF deux mois avant la réunion de l'assemblée appelée à se prononcer sur l'opération. Il devra être accompagné des documents (art. 12, al. 3 de l'instruction AMF n° 2005-11 du 13 déc. 2005 modifiée les 21 janv. 2010 et 20 janv. 2011) pour qu'il soit bien enregistré et publié par l'AMF (art. 212-26 et 212-27 du Rég. gén. AMF).

formalités de publicité sont nécessaires (brevets, marques ...) pour satisfaire aux exigences de publicité concernant ce sujet⁵²⁹. Toutefois, lorsque l'apport comprend des biens ou droits immobiliers, le projet de fusion doit être établi en la forme authentique en vue d'accomplir les formalités des opérations de publicité foncière qui suivent la réalisation de la fusion⁵³⁰.

190. Quant à la signature du projet de fusion, le projet de fusion est signé par les représentants de chacune des sociétés en cause. C'est-à-dire, le projet est signé par un représentant de la société absorbante ou de la société nouvelle et un représentant de chacune des sociétés qui disparaissent. La signature est faite par le gérant ou, après une délibération de l'organe social, l'un des membres du conseil d'administration ou du directoire. Lorsque l'une des sociétés fusionnées est en liquidation, celle-ci est représentée par son liquidateur qui est habilité à signer le projet de fusion.

Une fois le projet de fusion établi par les sociétés parties, il doit être communiqué aux personnes concernées par l'opération.

c) De l'exigence de la communication et la publicité du projet de fusion

191. Le projet de fusion doit être communiqué aux personnes dont les droits peuvent être remis en cause par l'opération de fusion. En outre, ce projet doit être déposé au greffe du tribunal du siège social de chacune des sociétés en présence. De ce fait, il convient de distinguer entre la communication (α) et la publicité du projet de fusion (β).

α) De la communication du projet de fusion

192. La communication du projet de fusion doit faire l'objet de deux points essentiels. Il doit, d'une part, être mis à la disposition des associés et actionnaires et, d'autre part, il faut consulter les organes qui représentent le personnel. Quant au premier point, le projet doit être tenu à la disposition des associés et actionnaires dans les trente jours précédant la réunion de

⁵²⁹ J-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 882, p. 377.

⁵³⁰ N. Levillain, *Cautionnement*, 1999, n° 18, p. 971.

l'assemblée générale extraordinaire habilitée à se prononcer sur l'opération de fusion⁵³¹. De plus, les associés ont le droit d'avoir une copie de ce projet au siège social de chacune des sociétés en cause⁵³².

Par ailleurs, l'article L. 236-9 du Code de commerce dispose que le projet de fusion doit être soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement qui statue selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires⁵³³. Ainsi, les conseils d'administration ou les directoires des sociétés parties informent leurs actionnaires de toute modification importante⁵³⁴ de leur actif et passif intervenue entre la date d'établissement du projet de fusion et la date de la réunion des assemblées générales appelées à se prononcer sur la fusion⁵³⁵. Toutefois, la loi sur les sociétés commerciales prévoit que « sauf si les actionnaires de chacune des sociétés participant à l'opération de fusion en décident autrement dans les conditions prévues au II de l'article L. 236-10 (à l'unanimité) », l'information est communiqué aux actionnaires⁵³⁶ « selon les formes prévues à l'article R. 236-2 (avis inséré au *Bodacc*) ou, le cas échéant, à l'article R. 236-2-1 (par publication d'avis sur le site internet de la société), à compter du jour où les conseils d'administrations ou les directoires des sociétés participant à l'opération en ont eu connaissance »⁵³⁷.

193. S'agissant de la consultation des organes représentatifs du personnel, la loi oblige le chef d'entreprise à informer et consulter le comité d'entreprise sur les modifications de l'organisation de l'entreprise surtout en cas de fusion⁵³⁸. Le comité d'entreprise doit être consulté sur les motifs de l'opération projetée ainsi que sur les mesures qui sont envisagées à

⁵³¹ Art. R. 236-3, al. 1, C. com.

⁵³² Art. R. 236-3, al. 3, C. com.

⁵³³ Art. L. 236-9, al. 3, C. com.

⁵³⁴ Toute modification qui est de nature à influencer sur la parité d'échange, toute modification du montant global du montant de l'actif ou de passif voire toute simple modification la composition des apports actif et passif : H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, *La réforme du droit commun des fusions*, Bull. Joly Sociétés 2012, n° 3, p. 261.

⁵³⁵ Art. 236-9, al. 5, C. com. qui a été créé par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité de droit.

⁵³⁶ L'information de "toute modification importante de l'actif ou du passif" de la société aux actionnaires est une obligation imposée aux dirigeants dont ceux-ci ne peuvent pas en dispenser. Mais, on ayant recours à la règle de l'unanimité, l'information peut être communiquée aux actionnaires par d'autres moyens que ceux prévus par la loi (ex : courrier, courriel, etc.) : H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, préc.

⁵³⁷ Art. 236-5-1, al. 1^{er}, C. com.

⁵³⁸ L. Pécaut-Révolier et Y. struillou, *Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel*, Semaine Sociale Lamy 2011, n° 1504. La Cour de cassation précise que le comité d'entreprise devait être informé et consulté sur les modifications juridiques et économiques, envisagées par l'employeur, emportant des conséquences pour les salariés « peu important que celles-ci soient la conséquence des dispositions légales » : Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-67760 : Bull. civ. 2010, V, n° 247.

l'égard des salariés lorsque l'opération de fusion comporte des conséquences pour ceux-ci⁵³⁹ (par exemple licenciement ou changement de branche d'activité). Le comité d'entreprise doit être informé et consulté dans un délai lui permettant d'émettre un avis en connaissance de cause⁵⁴⁰. Pour ce faire, le comité doit disposer, du chef d'entreprise, des informations écrites et précises et dans un délai suffisant⁵⁴¹. La jurisprudence⁵⁴² fait, en général, référence à un délai raisonnable et, ensuite, un délai de huit jours entre la transmission de l'information et la date de l'avis est court pour permettre au comité d'entreprise de se prononcer⁵⁴³. L'avis donné par le comité sera pris en compte dans le projet définitif ; le projet est donc susceptible d'être modifié par l'avis donné par celui-ci⁵⁴⁴. Lorsque l'une des sociétés parties à l'opération de fusion ne possède pas un comité d'entreprise, le chef d'entreprise doit informer et consulter les délégués du personnel sur les motifs de l'opération projetée. Lorsque le chef d'entreprise manque aux obligations imposées sur lui, il commet de délit d'entrave⁵⁴⁵ mais l'opération projetée reste valable⁵⁴⁶. Le défaut d'information et consultation des organes représentatifs aura pour effet de geler l'opération ou reporter toute décision jusqu'à ce que ceux-ci aient statué sur l'opération⁵⁴⁷. Enfin, par le jeu de l'article L. 225-105, al. 5 du Code de commerce, l'avis du comité d'entreprise doit être communiqué à l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération projetée. Les délibérations prises par les assemblées des sociétés participant en

⁵³⁹ Voir l'article L. 2323-19, al. 1 et 2 (C. trav.) Code du travail.

⁵⁴⁰ Cass. crim., 28 novembre 1984, Bull. crim., p. 992 ; Dalloz 1985, IR, 436, obs. Ph. Langlois ; Cass. crim., 20 mars 1990, n° 89-84.077. Le comité ne peut toutefois pas demander l'assistance d'un expert comptable, rémunéré par l'employeur, pour faire examiner le projet de fusion : Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20158 ; Bull. civ. V, n° 190, RJS 1993, n° 998.

⁵⁴¹ Art. 2323-4 du Code du travail ; en ce sens, voir Cass. soc., 16 avril 1996, n° 93-15417, Bull. civ. V, n° 163 ; voir Lamy Social, Modifications de l'organisation économique ou juridique de l'entreprise, 2013, n° 4185 ; M.-A. Moreau, Restructurations et comité d'entreprise européen, Dr. soc. 2006, p. 308 ; A. Lyon-Caen, Le comité d'entreprise et les restructurations, Dr. soc. 2004, p. 285.

⁵⁴² TGI Paris, 1^{er} chambre, section sociale, 22 janvier 2008, n° 07/16562, affaire « Gaz de France ».

⁵⁴³ Il faut souligner que dans les entreprises de dimension européenne, le comité d'entreprise européen devrait aussi être consulté. Dans ce sens, il a été décidé que le délai accordé au comité d'entreprise européen devait être suffisant « pour que les éléments du débat ou l'avis puisse être intégré au processus de décision (...) avant la tenue du conseil d'administration devant arrêter le projet de fusion (...) et que les procédures de consultation du comité d'entreprise et du comité d'entreprise européen n'ayant pas le même objet, ni le même champ d'application, les renseignements fournies lors de la réunion du comité d'entreprise n'assurent pas nécessairement une complète information du comité d'entreprise européen » : Cass. soc., 16 janv. 2008, n° 07-10597, CEE/GDF qui a confirmé CA Paris, 14^e ch. A, 21 nov. 2006, n° 06-315724, note C. Neau-Leduc, Fusion GDF-Suez : rôle renforcé du comité d'entreprise européen, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 7, p. 562 ; voir également J.-E. Tourreil, Fusion GDF/SUEZ : précisions sur la procédure de consultation du comité d'entreprise européen, Jurisprudence Social Lamy 2008, n° 227.

⁵⁴⁴ J. Mestre et D. Velardocchio, Lamy sociétés commerciales, n° 1889, p. 929.

⁵⁴⁵ Art. L. 2328-1 du Code du travail ; voir également C. Jacquin, K. Hamoudi et D. Thomas-Hislaire, Restructurations d'entreprise, Sociétés d'études, 2010, disponible sur le site www.soc-etudes.cgt.fr, p. 32.

⁵⁴⁶ Cahiers sociaux, Comité d'entreprise, Lextenso 2006, n° P06, p. 60.

⁵⁴⁷ M. Chadeaux, préc. n° 72, p. 57.

violation de ce dispositif sont nulles⁵⁴⁸.

Lorsque le projet de fusion a été mis à la disposition des associés et des organes représentants des salariés, il doit être publié selon les procédures envisagées à ce sujet.

β) De la publicité du projet de fusion

194. La publicité du projet de fusion fait l'objet de plusieurs mesures destinées à fournir des informations générales sur l'opération envisagée. En premier lieu, le projet doit faire l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal compétent. Le dépôt du projet de fusion précède les autres formalités de publicité légale du projet. Le projet doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du siège de chacune des sociétés en cause⁵⁴⁹. Autrement dit, le projet doit être déposé au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège des sociétés absorbantes et absorbées⁵⁵⁰. Cette publicité doit intervenir au moins trente jours avant la date de la première de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération projetée, ou, le cas échéant, pour l'absorption d'une filiale à 100 %, trente jours au moins avant que l'opération ne prenne effet⁵⁵¹. En effet, tout intéressé peut consulter le projet et en demander une copie⁵⁵². Cette publication permet aux créanciers sociaux d'utiliser leur droit d'opposition à l'opération de fusion⁵⁵³.

195. Ensuite, en deuxième lieu, le projet de fusion doit faire l'objet, par chacune des sociétés parties à la fusion, d'un avis inséré au Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales (BODACC)⁵⁵⁴. L'insertion d'avis doit intervenir trente jours avant la date de la

⁵⁴⁸ Art. L. 225-121, al. 1^{er}, C. com.

⁵⁴⁹ Art. L. 236-6, al. 2, C. com.

⁵⁵⁰ Cass. com., 9 décembre 2008, Bull. Joly 2009, n° 79, p. 399, cité par Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc, n° 811, p. 912.

⁵⁵¹ Art. L. 236-6, al. 2 et R. 236-2, al. 2, C. com.; voir également L. Le Goff, Fusion de sociétés : nouvelles modalités de publicité et d'information des actionnaires, Les Echos, 2012, disponible sur le site entrepreneur.lesechos.fr.

⁵⁵² Art. R. 236-3, al. 3, C. com.

⁵⁵³ Art. R. 236-8, C. com.

⁵⁵⁴ En application des art. 236-6, al. 2 et R. 236-2, al. 2 du Code de commerce, l'avis doit contenir les mentions suivantes : - la raison sociale ou la domination sociale suivie du sigle de la société, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital de chacune des sociétés parties à la fusion, leur numéro unique d'identification et la mention RCS suivie du nom de la ville où se trouve le greffe de la ville où elles sont immatriculées ; - la raison

première assemblée générale appelée à se prononcer sur la fusion⁵⁵⁵, ou, s'il s'agit d'une fusion simplifiée, avant que l'opération ne prenne effet⁵⁵⁶. Donc, désormais, l'avis de projet de fusion doit être inséré au BODACC à la place d'une insertion dans un journal d'annonces légales du département du siège social des sociétés parties⁵⁵⁷. Pourtant, les sociétés participantes à l'opération peuvent être dispensées de l'insertion au BODACC lorsque, pendant une période ininterrompue commençant au plus tard trente jours avant la date fixée pour l'assemblée générale appelée à statuer sur le projet de fusion, la société publie sur son site internet le projet de fusion. Cette publication est de nature à garantir la sécurité et l'authenticité des documents qui peuvent, par conséquent, être consultés sans frais⁵⁵⁸. Si le site internet de la société concernée n'est pas accessible durant une période continue d'au moins 24 heures, celle-ci doit réaliser sans délai une publication du projet au BODACC⁵⁵⁹. Le délai de trente jours envisagé entre la publicité du projet de fusion et la tenue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération est suspendu jusqu'à ce que cette publication ait lieu⁵⁶⁰. Dans le cadre d'un groupe, pour que chaque société partie à une fusion puisse bénéficier de la dérogation à la publication au BODACC, elle devra disposer d'un site internet propre non celui du groupe⁵⁶¹.

196. En dernier lieu, lorsqu'une des sociétés participant est cotée ou si toutes les actions de l'une d'entre elles ne revêtent pas la forme nominative, il convient de compléter les mesures de publicité par un avis inséré au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO)⁵⁶². En revanche, la société dont les titres sont admis sur un marché réglementé est

sociale ou la domination sociale suivie du sigle, la forme, l'adresse du siège, le montant du capital des sociétés nouvelles qui résultent de l'opération ou le montant de l'augmentation du capital des sociétés existantes ; - l'évaluation de l'actif et du passif dont la transmission aux sociétés absorbantes ou nouvelles est prévue ; - le rapport d'échange des droits sociaux ; - le montant prévu pour la prime de fusion ; - la date du projet ainsi que les dates et lieu des dépôts aux greffes de ce projet.

⁵⁵⁵ Selon la Cour de cassation, lorsqu'il y a une irrégularité dans l'avis du projet de fusion, cela empêche de faire courir le délai durant lequel les créanciers peuvent former opposition à l'opération de fusion : Cass. com., 4 juin 1996, RJDA 1996, n° 10 et 1206.

⁵⁵⁶ Art. R. 236-2, C. com.

⁵⁵⁷ Cahier d'actualités, Le magazine du Responsable comptable administratif financier, Publicité du projet de fusion ou de scission au Bodacc, 2012, n° 17.

⁵⁵⁸ F. Dannenberger, Fusion et scission-commentaires, JurisClasseur Sociétés Formulaire, 1^{er} déc. 2012, n° 57.

⁵⁵⁹ K. Mardesic, Fusion/Scission : les nouvelles mesures de publicité du projet de traité, Dr. sociétés, 3 nov. 2011, disponible sur le site www.nomoparis.com.

⁵⁶⁰ Art. 236-2-1, C. com.

⁵⁶¹ Voir la communication de l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA), comité juridique, note n° 11-069, 7 déc. 2011 ; Petites affiches, Lettre d'information n° 41, février 2012, disponible sur le site www.petites-affiches.com.

⁵⁶² Art. R. 236-2, al. 1^{er}, C. com.; voir également Petites affiches, Lettre d'information n° 40, Flash Spécial, Projets de fusion, de scission et d'apport partiel d'actifs : publication au BODACC (Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales), nov. 2011, disponible sur le site www.petites-affiches.com.

dispensée de la constitution d'un prospectus, lors de l'offre au public ou de la demande d'admission des titres financiers émis à l'occasion d'une fusion⁵⁶³, si elle établit un document contient des renseignements équivalents à ceux prévus pour un prospectus⁵⁶⁴. Le projet de document⁵⁶⁵, établi par la société faisant offre au public, doit être soumis à l'AMF deux mois avant la réunion de l'assemblée appelée à se prononcer sur l'opération. Il devra être accompagné des documents (un exemplaire à jour des statuts, un exemplaire des derniers comptes approuvés, les prévisions et estimations de bénéfice, la convention d'apport, le traité de fusion, les rapports des commissaires à la fusion, etc.)⁵⁶⁶. Lorsque le document a été enregistré par l'AMF, il doit être publié et diffusé dans les conditions prévues pour un prospectus⁵⁶⁷. La diffusion doit intervenir dans un délai d'un mois précédant la date des assemblées générales extraordinaires appelées à statuer sur l'opération⁵⁶⁸.

Enfin, le projet de fusion fait l'objet d'un contrôle exercé par des personnes spécialisées en matière de fusion : les commissaires à la fusion.

2° Le contrôle du projet de fusion : l'existence de personnes spécialisées

197. Traditionnellement, le contrôle du projet de fusion était fait à la fois par les commissaires aux apports et les commissaires aux comptes. Cependant, désormais, l'intervention de ces derniers a été remplacée par la désignation en justice de commissaires à

⁵⁶³ Lorsque les titres financiers offerts à l'occasion de l'opération de fusion ou d'apport ne représentent pas plus de 10 % des titres financiers de même catégorie déjà admis aux négociations sur un marché réglementé, l'émetteur est seulement tenu d'établir un communiqué sur le nombre et la nature des titres financiers ainsi que sur les motifs et les modalités de l'opération. Ce communiqué doit être diffusé préalablement à l'assemblée appelée à autoriser l'opération ou, au plus tard, le jour de la réunion de l'organe d'administration décidant de l'émission des titres concernés. Le communiqué doit être transmis à l'AMF avant sa diffusion et publié sur le site de l'émetteur (Instr. n° 2005-11, 13 déc. 2005, modifiée les 21 janv. 2010 et 20 janv. 2011, art. 12, al. 1^{er}) ; F. Dannenberger, préc., n° 57.

⁵⁶⁴ Rég. gén. AMF, art. 212-4, 3°, 212-5 et 212-34.

⁵⁶⁵ C'est un document spécifique connu sous le nom de document E qui doit contenir les indications énumérées dans de l'instruction n° 2005-11 du 13 décembre 2005, annexe II : aspects juridiques et économiques de l'opération, rémunération des apports, conséquences pour la société bénéficiaire et ses actionnaires, renseignements relatives aux sociétés parties à l'opération et les actifs transmis, etc.

⁵⁶⁶ Art. 12, al. 3 de l'instruction AMF n° 2005-11 du 13 déc. 2005 modifiée les 21 janv. 2010 et 20 janv. 2011.

⁵⁶⁷ Art. 212-26 et 212-27, Rég. gén. AMF.

⁵⁶⁸ Rég. gén. AMF, art. 212-34, 2°.

la fusion⁵⁶⁹. L'intervention de ces commissaires constitue une garantie pour la protection des associés et actionnaires dont les droits peuvent être mis en cause par l'opération projetée. Ce nouveau système s'applique aux sociétés à responsabilité limitée et aux sociétés par actions. Toutefois, ce nouveau système connaît une exception qui réside dans le cas où la société bénéficiaire possède la totalité du capital de la société qui disparaît. Par conséquent, avant d'exposer cette exception (b), il convient d'examiner l'intervention des commissaires à la fusion dans les opérations de fusion (a).

a) L'intervention des commissaires à la fusion dans les opérations de fusion

198. L'intervention du commissaire à la fusion dans les opérations de fusion a pour objectif de contrôler le projet de fusion établi par les sociétés en cause. Pour connaître le contrôle qu'il exerce sur le projet, il convient d'examiner comment il est désigné (α), la mission qu'il doit accomplir (β) et le rapport qu'il rédige à cette fin (ς).

α) Désignation en justice du commissaire à la fusion

199. En application de l'article L. 236-10 du Code de commerce⁵⁷⁰, un ou plusieurs commissaires à la fusion, par la désignation en justice, établissent sous leur responsabilité un rapport écrit sur les modalités de la fusion⁵⁷¹. Le texte permet, tout d'abord, de désigner un ou plusieurs commissaires exerçant leur mission dans le cadre de sociétés parties à l'opération et au profit des associés et actionnaires de ces dernières. Il permet, donc, au juge de désigner librement le nombre de commissaires à la fusion. Ce texte n'a fourni aucune précision à propos de personnes chargées de remplir cette mission. Il en résulte qu'il est possible de choisir une personne qui n'est pas inscrite sur une liste professionnelle. Cependant, les articles

⁵⁶⁹ La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation et d'économie.

⁵⁷⁰ Art. L. 236-10, I, C. com.

⁵⁷¹ A. Guengant, Aménagement du régime spécifique des opérations nationales des fusions et scissions, JCP E 2008, n° 1977.

R. 236-6 et R. 225-7 du Code de commerce ont mis terme à cette confusion. Par le jeu de ces articles⁵⁷², le commissaire à la fusion est choisi parmi les commissaires aux comptes inscrits sur la liste prévue à l'article L. 822-1 du Code de commerce ou parmi les experts inscrits sur une des listes établies par les cours et tribunaux⁵⁷³. Par voie de conséquence, personne ne peut désormais exercer les fonctions du commissaire à la fusion s'il n'est préalablement pas inscrit sur une liste établie à cet effet⁵⁷⁴.

200. De même, le commissaire à la fusion est soumis aux incompatibilités envisagées à l'article L. 822-11 du Code de commerce⁵⁷⁵. Selon cet article, « le commissaire aux comptes ne peut prendre, recevoir ou conserver, directement ou indirectement, un intérêt auprès de la personne dont il est chargé de certifier les comptes, ou auprès d'une personne qui la contrôle ou qui est contrôlée par elle ». Il ajoute, en donnant un exemple, « l'indépendance du commissaire aux comptes est affectée, lorsqu'il appartient à un réseau pluridisciplinaire, national ou international, dont les membres ont un intérêt économique commun, par la fourniture de prestations de services à une personne contrôlée ou qui contrôle ». En outre, le commissaire aux comptes ne peut pas fournir à la personne qui l'a chargé de certifier ses comptes, aux personnes qui la contrôlent ou qui sont contrôlées par celle-ci, tout conseil ou toute autre prestation de services qui n'entre pas dans les diligences directement liées à la mission de commissaire aux comptes⁵⁷⁶. Ainsi, dans le but de préserver son indépendance, le commissaire à la fusion est soumis aux principes généraux du Code de déontologie des commissaires aux comptes. L'AMF recommande que le commissaire à la fusion intègre, dès l'acceptation de sa mission, une analyse des situations de conflits d'intérêts potentiels ou existants et transmette à l'AMF une lettre justifiant cette analyse⁵⁷⁷.

201. Ensuite, le commissaire à la fusion est désigné en justice par le président du tribunal de commerce qui statue sur la requête présentée par chacune des sociétés intéressées ou conjointe de toutes les sociétés⁵⁷⁸. Ce dernier ne doit pas choisir une personne qu'il y a une collusion entre celle-ci et une partie des associés ou actionnaires ou bien des dirigeants d'une des sociétés participantes⁵⁷⁹. C'est-à-dire, le président du tribunal vérifie si la ou les personnes

⁵⁷² A. Viandier, Le commissaire à la fusion, Economie et comptabilité, 1988, p. 3.

⁵⁷³ Art. R. 225-7, al. 1^{er}, C. com.

⁵⁷⁴ Art. L. 228-1, C. com. sur renvoi de l'art. R. 225-7, al. 1^{er}, C. com.

⁵⁷⁵ Sur renvoi de l'art. 236-10, I, C. com. ; voir également M. Chadeaux, préc., n° 78, p. 62.

⁵⁷⁶ Art. L. 822-11, alinéa 2, Code de commerce.

⁵⁷⁷ Position-recomm. AMF n° 2011-11, préc., dernier al.

⁵⁷⁸ H. Azarian, Sociétés par actions simplifiées-Evénements sociétaires, JurisClasseur Com. 2012, n° 84.

⁵⁷⁹ Les commissaires aux comptes de l'une des sociétés parties aux fusions ne peuvent pas être nommés

désignées remplissent les conditions de compétences et d'indépendance nécessaires⁵⁸⁰.

202. Afin de ne pas multiplier les procédures de contrôle et l'établissement des rapports, la loi sur les sociétés commerciales a permis aux sociétés en présence de demander par requête conjointe la nomination d'un même commissaire à la fusion qui n'établit qu'un seul rapport pour l'ensemble de l'opération⁵⁸¹. Dans ce cas, la question se pose de savoir si cette possibilité trouve application lorsque les sociétés concernées relèvent de tribunaux de commerce différents. Certains⁵⁸² estiment qu'il est nécessaire que les sociétés participantes à l'opération relèvent de la compétence du même tribunal de commerce. Selon ce courant, il n'est pas donc possible de nommer le même commissaire sur requête conjointe. En revanche, d'autres auteurs pensent qu'il est possible d'avoir recours à la requête conjointe. Selon eux, il suffit, au choix des sociétés parties, de déposer cette requête devant le président de l'un seul des tribunaux compétents⁵⁸³.

Le législateur ne prévoit pas un délai auquel sont soumises la requête et la nomination du commissaire à la fusion. Néanmoins, afin que le commissaire puisse disposer du temps nécessaire pour effectuer son contrôle et déposer son rapport avant la date de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération, il paraît souhaitable de faire désigner un commissaire à la fusion le plus tôt possible⁵⁸⁴.

203. En revanche, la loi sur les sociétés commerciales apporte diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire⁵⁸⁵ permettant de réaliser la fusion sans avoir recours au commissaire à la fusion. L'intervention de ce dernier aux fusions n'est pas impérative, il peut être écarté par un accord unanime des associés ou actionnaires des sociétés parties aux fusions⁵⁸⁶. C'est-à-dire, avec le consentement de tous les associés ou actionnaires de chacune des sociétés en cause, il n'est pas nécessaire de faire désigner un ou

commissaires à la fusion : Le tribunal du commerce de Paris, Le commissaire à la fusion, disponible sur le site www.greffe-tc-paris.fr.

⁵⁸⁰ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 900, p. 382.

⁵⁸¹ Art. R. 236-6, al. 2, C. com.

⁵⁸² Voir E. Buttet, Fusion de deux sociétés anonymes par absorption de l'une par l'autre. Aperçu des opérations et calendrier, Bull. Joly Sociétés, 1988, n° 10, p. 731.

⁵⁸³ Sur ce point, voir A. Charveriat, A. Couret et B. Zabala, préc, n° 83171, p. 1406.

⁵⁸⁴ M. Chadeaux, préc, n° 78, p. 61.

⁵⁸⁵ Sur cette question, voir l'article 8, point n° 4 de la directive n° 2005/56/CE et l'article 2, point 1^{er} de la directive n° 2007/63/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 modifiant les directives 87/755/CEE et 82/891/CEE du Conseil pour ce qui de l'exigence d'un rapport d'expert indépendant à réaliser à l'occasion des fusions ou des scissions des sociétés anonymes.

⁵⁸⁶ Art. L. 236-10, II, C. com.

plusieurs commissaires à la fusion. . Pour ce faire, les actionnaires devront être consultés avant que le délai exigé pour la remise du rapport préalablement à l'assemblée générale appelée à statuer sur l'opération projetée⁵⁸⁷. A défaut d'une décision unanime, un ou plusieurs commissaires doivent être nommés⁵⁸⁸.

204. Finalement, il convient de noter que la désignation du commissaire à la fusion ne s'impose que dans les fusions entre des sociétés par actions et des sociétés à responsabilité limitée⁵⁸⁹. Donc, cette intervention n'est pas requise dans les fusions où participerait une société d'une autre forme différente⁵⁹⁰. Toutefois, même s'il n'est pas expressément prévu par les textes, l'intervention du commissaire à la fusion nous paraît souhaitable pour que les associés ou actionnaires des sociétés parties puissent se prononcer en connaissance de cause sur l'opération envisagée. Nous estimons que cette intervention a pour conséquence de protéger les intérêts des minoritaires et d'éviter toute contestation potentielle des évaluations des apports. D'ailleurs, les dispositions de l'article L. 236-2 du Code de commerce ne font pas allusion à une participation exclusive de sociétés anonymes ou de sociétés à responsabilité limitée, ce qui nous conduit à autoriser l'intervention du commissaire à la fusion lorsqu'on est en présence d'au moins une SA ou d'une SARL et une société de forme différente. On peut, en effet, regretter que le législateur n'envisage pas une telle intervention du commissaire à la fusion dans la mesure où elle est nécessaire pour la protection des intérêts des associés minoritaires.

Afin de faciliter sa mission, le commissaire à la fusion peut rencontrer, avant d'accepter sa mission, les dirigeants ou les représentants des sociétés en cause pour avoir des informations générales sur les sociétés, les objectifs et les modalités de l'opération envisagée⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ Lamyline, Désignation du commissaire à la fusion, Rev. Lamy Dr. Aff. 2008, n° 30.

⁵⁸⁸ Art. L. 236-10, III, C. com.

⁵⁸⁹ Voir les articles L. 236-8, L. 236-10 et L. 236-23, al. 1^{er}, C. com.

⁵⁹⁰ En matière de l'absorption d'une SNC par une SA, voir CA Paris, 3^e ch. 21 sep. 2001, n° 01-7363 : RJDA 2002, n° 48, p. 35. Au sujet de l'absorption d'une société civile par une SAS, voir Avis Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés (CCRCs), n° 08-08 du 10 fév. 2009.

⁵⁹¹ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 5.

β) Mission définie par la loi

205. La loi sur les sociétés commerciales a défini la mission du commissaire à la fusion par l'article L. 236-10 du Code de commerce. Selon ce dispositif⁵⁹², lors d'une opération de fusion, le commissaire à la fusion vérifie si les critères d'évaluation retenus par les sociétés participantes à l'opération de fusion sont pertinents et que le rapport d'échange est équitable⁵⁹³. En effet, le rôle du commissaire à la fusion n'est pas ni de déterminer la parité d'échange ni d'examiner la régularité des écritures de comptabilité de l'opération envisagée⁵⁹⁴, mais il doit vérifier que les valeurs relatives attribuées aux actions des sociétés parties sont pertinentes et que la parité d'échange est équitable⁵⁹⁵. Pour apprécier le caractère équitable du rapport d'échange, le commissaire à la fusion est amené à déterminer si le rapport proposé ne conduit pas à créer un appauvrissement durable pour chaque catégorie d'actionnaires, y compris leur situation avant et après la fusion⁵⁹⁶. Le contrôle exercé par le commissaire à la fusion doit également tenir compte de l'intérêt des actionnaires minoritaires pouvant être en cause par l'opération envisagée⁵⁹⁷. De surcroît, le commissaire examine la vie économique des sociétés parties telle que l'existence de sociétés dominantes et dominées⁵⁹⁸.

206. Afin de faciliter sa mission, le législateur permet au commissaire à la fusion d'obtenir, auprès de chaque société participant, communication de tous documents utiles et de procéder à toute vérification nécessaire⁵⁹⁹. Dans ce cadre, le commissaire à la fusion obtient notamment le projet de traité de fusion, le rapport des organes sociaux, le calendrier juridique de l'opération et les documents juridiques, comptables et financiers estimés utiles⁶⁰⁰. En outre, il peut demander communication des outils, informations ou moyens qu'il estime nécessaire

⁵⁹² Art. L. 236-10, I, al. 2, C. com.

⁵⁹³ V. P. Mérat, Fusions et sociétés de personnes : aspects juridiques, Dr. des sociétés, 2002, n° 8, chron. 100001 ; voir aussi Cass. com. 3 juin 1998, n° 96-13891 : RLDA 1998, n° 9.

⁵⁹⁴ M. Chadeaux, préc, n° 81, p. 64.

⁵⁹⁵ En ce sens, voir CA Paris, 1^{er} ch. 12 mai 1998, Dr. Sociétés 1999, n° 2, note D. Vidal ; CA Paris, 19 fév. 1999 : Bull. Joly Sociétés 1999, n° 674, obs. Groslande.

⁵⁹⁶ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 10 ; voir également M. Chadeaux, préc, n° 85, p. 66.

⁵⁹⁷ J.-P. bertrel et M. Jeantin, préc, n° 903, p. 384.

⁵⁹⁸ J.-M. Moulin, Fusion, scission et apport partiel d'actif, D. 2011, n° 83 et s.

⁵⁹⁹ Art. L. 236-10, I, al. 2, C. com. pour les SA, par assimilation pour les SAS et SCA les articles L. 227-1, al. 3 et L. 226-1, al. 2 ; art. L. 236-23 pour les SARL ; voir également S. Michel, La réforme des fusions internes, Cahiers de droit de l'entreprise, 2008, n° 6, dossier 58.

⁶⁰⁰ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 5.

pour l'accomplissement de sa mission⁶⁰¹. Ainsi, pour la vérification de la pertinence des valeurs attribuées aux actions, la Compagnie nationale des commissaires aux comptes précise que le commissaire doit veiller à ce que les méthodes employées ne fassent pas double emploi entre eux et à ce que leur nombre excessif ne complique pas l'appréciation du rapport d'échange par les actionnaires ou associés⁶⁰².

207. Lorsque l'une des sociétés parties est une société cotée, la Compagnie estime que le commissaire à la fusion a connaissance des dispositions de l'article 261-3 du Règlement de l'AMF⁶⁰³ et de la recommandation de l'AMF sur l'expertise financière indépendante⁶⁰⁴. Le commissaire tient compte de cette situation dans son appréciation des valeurs relatives en prenant en considération les meilleures pratiques d'évaluation exposées dans ces textes, tout en les adaptant aux spécificités de l'opération de fusion⁶⁰⁵.

On en observe que le commissaire à la fusion a une mission de conciliateur des intérêts en présence dans la mesure où il vérifie que les actionnaires des sociétés participantes à l'opération ne sont pas lésés. La mise en œuvre d'un contrôle externe exercé par le commissaire à la fusion peut constituer une garantie supplémentaire en faveur des actionnaires les plus démunis : les actionnaires minoritaires.

Finalement, selon la CNCC⁶⁰⁶, le commissaire à la fusion est amené à s'intéresser à l'incidence, sur le calcul des valeurs relatives, des événements pouvant être survenus entre la date de leur détermination et la date de son rapport. A l'issue de sa mission, le commissaire doit rédiger un rapport qui devrait être mis à la disposition des associés ou actionnaires des sociétés participant à la fusion.

⁶⁰¹ Pour ce faire, la CNCC en a cité, dans son avis du 2 déc. 2010, quelques exemples : les rapports d'analystes financiers sur les sociétés participants, le système d'information budgétaire et prévisionnelle de ces sociétés, les coordonnées des évaluateurs mandatés par les sociétés participants et de l'expert indépendant, etc.

⁶⁰² CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 7.

⁶⁰³ L'article 261-3 du Rég. gén. AMF, dispose que « Tout émetteur ou tout initiateur d'une offre publique d'acquisition peut désigner un expert indépendant qui applique les dispositions du présent titre ».

⁶⁰⁴ Voir la recommandation de l'AMF sur l'expertise financière indépendante publié le 26 sep. 2006, modifié le 19 oct. 2006 et le 27 janv. 2010, disponible sur le site www.amf-france.org/document/general/7336_1.pdf.

⁶⁰⁵ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 11.

⁶⁰⁶ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 8.

ç) Rapport multifonctionnel établi par le commissaire à la fusion

208. Traditionnellement, le commissaire aux comptes doit établir un rapport sur les modalités de la fusion et, d'une façon plus particulière, sur la rémunération de l'apport fait à la société bénéficiaire⁶⁰⁷. Ainsi, la COB avait estimé que le rapport du commissaire aux comptes devait formuler son jugement sur la rémunération proposée⁶⁰⁸. Aujourd'hui, le commissaire à la fusion doit établir un double rapport : le premier relatif aux modalités financières de la fusion. Pour ce faire, le commissaire doit vérifier que les valeurs attribuées aux titres des sociétés parties à l'opération sont pertinentes et le rapport d'échange est équitable. A cette fin, le rapport du commissaire à la fusion doit indiquer⁶⁰⁹ les critères d'évaluation suivis pour la détermination du rapport d'échange proposé par le projet de fusion. Si ces critères sont adéquats en l'espèce ainsi que les valeurs auxquelles chacun de ces critères conduit, un avis étant émis sur l'importance relative donnée à ces critères dans la détermination de la valeur retenue. Le rapport du commissaire indique finalement les difficultés d'évaluation s'il en existe⁶¹⁰. Pour bien accomplir sa mission, le commissaire à la fusion peut se faire assister par un ou plusieurs experts de son choix dont les honoraires sont à la charge de la société concernée⁶¹¹.

209. La recommandation de l'AMF relatives aux opérations d'apports ou de fusion a une place essentielle dans l'établissement du rapport par le commissaire à la fusion. Selon l'AMF⁶¹², ce dernier doit examiner l'ensemble des données fournies par l'émetteur avec un regard critique⁶¹³. Son rapport doit être détaillé tant sur la pertinence des méthodes retenues, que sur leur mise en œuvre concrète, afin de permettre aux actionnaires d'apprécier les conditions de rémunération de l'opération qui leur est proposée. Il exprime un avis sur le caractère équitable du rapport d'échange. Le rapport du commissaire à la fusion doit être établi en conformité avec les avis techniques de la CNCC relatifs au commissariat aux apports et au commissariat à la fusion. A ce stade, la Compagnie précise également que l'objectif du

⁶⁰⁷ Voir l'article 377 de la loi du 24 juillet 1966.

⁶⁰⁸ Recommandation de la COB, Bull. mens. COB, n° 95, juill.-août 1977.

⁶⁰⁹ Art. 236-10, I, al. 3, C. com.

⁶¹⁰ Sur ce point, voir L. Mullenbach, Comment le commissaire à la fusion doit-il formuler la conclusion de son rapport, Rev. Dr. comptable, 1990, p. 89 et s.

⁶¹¹ Art. R. 225-7, al. 3, C. com., sur renvoi de l'art. R. 236-6, al. 1^{er}, C. com.

⁶¹² Position-recommandation AMF, n° 2011-11 du 21 juil. 2011.

⁶¹³ Voir P.-H. Conac, Position recommandation AMF n° 2011-11 relative aux opérations d'apports ou de fusion, Rev. sociétés 2011, p. 591.

rapport du commissaire à la fusion est d'éclairer les actionnaires ou les associés sur le caractère équitable du rapport d'échange proposé. A ce titre, le commissaire à la fusion met en évidence les points qu'il estime utiles à une bonne information des actionnaires ou des associés⁶¹⁴. En outre, le commissaire à la fusion peut, en plus, s'il le juge utile, introduire un critère ou une méthode supplémentaire qui lui semble pertinent⁶¹⁵. Selon la Compagnie, si plusieurs commissaires à la fusion ont été désignés en application de l'article R.236-6 alinéa 2 du Code de commerce, ils établissent et signent un rapport commun. En cas de désaccord entre les commissaires à la fusion, ce rapport indique les différents avis exprimés⁶¹⁶.

210. Ensuite, le commissaire à la fusion établit un rapport sur la valeur des apports en nature⁶¹⁷. En le faisant, le commissaire doit s'assurer qu'aucun apport en nature de la société absorbée à la société absorbante ne faisait l'objet d'une surévaluation⁶¹⁸. Le commissaire doit également apprécier les avantages particuliers⁶¹⁹ éventuellement transmis de la société absorbée à la société absorbante⁶²⁰. Le commissaire à la fusion doit s'assurer que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation du capital de la société absorbante ou de la société nouvelle issue de la fusion⁶²¹. Si, par le jeu de l'article L. 236-10, II du Code de commerce, un commissaire à la fusion n'a pas été nommé et si la fusion comporte des apports en nature ou des avantages particuliers, un commissaire aux comptes doit être nommé dans les conditions prévues à l'article L. 225-8 du Code de commerce⁶²² pour établir ce rapport⁶²³.

⁶¹⁴ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 12.

⁶¹⁵ J.-M. Moulin, préc, n° 79.

⁶¹⁶ CNCC, avis technique « La mission de commissariat à la fusion », 2 déc. 2010, p. 12.

⁶¹⁷ Art. L. 225-147, al. 2, C. com. sur renvoi de l'art. L. 236-10, III, C. com. pour les sociétés par actions et art. 223-9, al. 1^{er}, C. com. sur renvoi de l'art. L. 223-33, C. com. pour les SARL.

⁶¹⁸ J.-M. Moulin, préc, n° 80.

⁶¹⁹ La mission du commissaire à la fusion ou aux apports, chargé d'apprécier la valeur de l'avantage particulier, « consiste moins à juger du bien-fondé de l'octroi d'avantages, lesquels précèdent du consentement des associés exprimés dans le pacte social, qu'à en apprécier la consistance et les incidences éventuelles sur la situation des actionnaires, notamment si de tels des avantages confèrent à certains d'entre eux un droit préférentiel sur les bénéfices et le boni de liquidation » : Rép. mins. jus. n° 31295, JO AN Q, 3 déc. 1990, p. 5543 ; sur ce point, voir également A. Amer-Yahia, Le régime juridique des dividendes, éd. L'Harmattan, 2010, n° 325, p. 302 ; Th. Garnier, Avantages particuliers, D. juin 2002, n° 22.

⁶²⁰ Art. L. 236-10, III, C. com. A cet égard, la Cour d'appel de Douai a jugé, le 7 juillet 1994, que la réception de l'actif de la société filiale absorbée par la société mère absorbante résulte de la transmission universelle du patrimoine prévue par la loi et que cette transmission d'actif ne constitue pas, en faveur de l'actionnaire majoritaire de la société absorbée, un avantage particulier : CA Douai, 2^e ch. 7 juil. 1994 : RJDA 1994, n° 1297 ; en ce sens, voir aussi D. Randoux, La fusion absorption ne confère pas d'avantage particulier à la société absorbante, actionnaire majoritaire de la société absorbée, Rev. sociétés, 1995, p. 713.

⁶²¹ Art. R. 236-7, C. com.

⁶²² Cet article dispose, dans son 1^{er} alinéa, que « En cas d'apports en nature comme au cas de stipulation

Le rapport sur la modalité de la fusion et le rapport sur la valeur des apports en nature doivent être mis à la disposition des associés ou actionnaires des sociétés participant, au siège social, trente jours au moins avant la date de l'assemblée générale appelée à statuer sur la fusion⁶²⁴. On regrette que la loi ne prévoie pas l'envoi du rapport du commissaire à la fusion au domicile de chaque associé afin de pouvoir décider l'opération en toute connaissance de cause. Cette mesure peut avoir pour effet de fortifier la confiance entre les associés les dirigeants en leur donnant le sentiment qu'ils agissent dans l'intérêt de la société, ce qui peut faciliter la réalisation de l'opération de fusion.

211. En cas de conséquences dommageables résultant des fautes commises par le commissaire à la fusion dans l'exercice de sa mission, ce dernier est responsable à l'égard de la société concernée que ses actionnaires ou des tiers⁶²⁵. L'action en responsabilité contre le commissaire à la fusion doit être intentée par la personne qui a subi le préjudice devant le tribunal de grande instance. Cette action en responsabilité est soumise à une prescription de trois ans⁶²⁶.

Néanmoins, l'intervention du commissaire à la fusion aux opérations de fusion n'est pas toujours impérative. L'opération de fusion d'une filiale détenue à 100 % par la société absorbante en fait une exception.

d'avantages particuliers au profit de personnes associées ou non, un ou plusieurs commissaires aux apports sont désignés à l'unanimité des fondateurs ou, à défaut, par décision de justice, à la demande des fondateurs ou de l'un d'entre eux. Ils sont soumis aux incompatibilités prévues à l'article L. 822-11 ».

⁶²³ Art. L. 236-10, III, C. com.

⁶²⁴ Art. R. 236-3, al. 1, C. com. Il convient de noter que, contrairement aux dispositions régissant les augmentations de capital avec apports en nature (art. R. 123-106 et R. 123-107, C. com.) qui prévoient le dépôt au greffe du rapport du commissaire aux apports, ces deux rapports ne font pas l'objet d'un dépôt au greffe du tribunal de commerce : voir A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc., n° 83179 ; J.-M. Moulin, préc., n° 81. Cependant, le Comité de coordination du registre du commerce et des sociétés envisage une interprétation différente ; le rapport du commissaire à la fusion sur la valeur des apports en nature, non celui sur les modalités de la fusion, n'a lieu d'être déposé au greffe qu'en cas de fusion par absorption : avis du CCRCS, n° 98-02 bis : Bull. RCS, 1999, n° 6, p. 7. L'obligation de dépôt au greffe du tribunal de commerce s'applique donc, selon le CCRCS, uniquement dans l'hypothèse d'une fusion par création de société nouvelle : voir M. Chadeaux, préc., n° 94, p. 70.

⁶²⁵ La responsabilité du commissaire à la fusion ne peut être mise en œuvre que dans le cas où une faute peut être prouvée à son égard ou dans le fait que cette faute était génératrice d'un préjudice pour celui qui l'invoque. A défaut, la responsabilité du commissaire ne peut pas être retenue : en ce sens, voir CA Paris, 19 fév. 1999 : Bull. Joly 1999, p. 674, obs. L. Grosclaude. Pour la mise en cause de la responsabilité du commissaire à la fusion ou aux apports par un associé minoritaire qui invoque le préjudice qu'il a subi du fait de la surévaluation des apports, voir Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13112 : Bull. 2005, IV, n° 146, p. 156.

⁶²⁶ Art. L. 225-254, C. com.

b) L'exception relative aux filiales à 100 %

212. La loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a fait place à des modifications touchant les sociétés commerciales, et en particulier les fusions simplifiées. Le nouveau texte du Code de commerce vient simplifier les procédures de la fusion lorsque la société qui disparaît est une filiale détenue à 100 % par la société absorbante. Cette simplification de procédures résulte de la transposition de la directive européenne n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions⁶²⁷. Ce système suppose que la société absorbante détienne la totalité du capital des sociétés absorbées depuis le moment du dépôt du projet de fusion au greffe du tribunal de commerce jusqu'à la réalisation définitive de l'opération projetée. Dans cette hypothèse, il n'est pas nécessaire d'établir un rapport par un ou plusieurs commissaires à la fusion⁶²⁸. Cette solution est justifiée par la raison suivante : dans le cadre de la société absorbée, il n'y pas d'actionnaires minoritaires qui risquent d'être lésés par la réorganisation interne au sein du groupe de sociétés⁶²⁹. En outre, l'absorption d'une filiale détenue en totalité par la société mère absorbante « *ne s'agit plus vraiment de fusionner deux structures juridiques autonomes mais de donner une nouvelle configuration à un ensemble unique* »⁶³⁰, par « *départementalisation* »⁶³¹ d'une filiale dotée, avant la réalisation de l'opération, de la personnalité morale. Toutefois, en ce cas, la question se pose de savoir s'il est nécessaire de désigner un commissaire aux apports.

213. Le législateur a précisé clairement, dans l'article L 236-10-III, qu'il est obligatoire de désigner un commissaire aux apports, dans le cas où un commissaire à la fusion n'a pas été désigné, lorsque les opérations de fusion comportent des apports en nature ou des avantages en nature⁶³². Faute du texte le prévoit, il paraît que la désignation du commissaire aux apports

⁶²⁷ Art. 2, §9. La directive du 16 septembre 2009 a modifié les directives 77/91/CEE, 78/855/CEE et 82/891/CEE du Conseil ainsi que la directive 2005/56/CE en ce qui concerne les obligations en matière de rapports et de documentation en cas de fusions ou de scissions. Cette directive est codifiée désormais sous la directive n° 2011/35/UE du 5 avril 2011 pour les fusions de sociétés anonymes.

⁶²⁸ Art. L. 236-11, al. 1^{er}, C. com.

⁶²⁹ J.-M. Moulin, préc, n° 105; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 908, p. 386.

⁶³⁰ B. Saintourens et Ph. Emy, Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 : Rev. sociétés 2011, n° 21, p. 467 ; H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, préc.

⁶³¹ H. Le Nabasque, A. Soilleux et A. Duguay, préc.

⁶³² C. Cathiard et A.-S. Poirier, Fusion transfrontalière, Dalloz oct. 2010, n° 42 ; Ph. Merle, Annulation d'une

n'est pas obligatoire⁶³³. Néanmoins, il faut admettre que lorsqu'une société détient la totalité du capital de la société absorbée, il n'y a pas de véritables apports du côté de la société absorbante, puisque cette dernière n'émettra pas de nouveaux titres. La fusion simplifiée n'est donc plus soumise à l'obligation de nommer un commissaire aux apports⁶³⁴. En revanche, cet aménagement ne trouve pas application lorsque la société absorbée a émis des valeurs mobilières donnant accès au capital. Dans cette perspective, l'article L 228-101 du Code de commerce⁶³⁵ a lieu de s'appliquer et d'établir une parité d'échange soumise au contrôle du commissaire aux apports⁶³⁶.

214. À côté de la procédure simplifiée relative aux filiales détenues à 100 %, la loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit apporte une autre procédure concernant la détention, en permanence, par l'absorbante d'au moins 90 % du capital de l'absorbée⁶³⁷. Dans cette hypothèse, les rapports du commissaire à la fusion ou du commissaire aux apports n'ont pas lieu à être établis lorsque la société absorbante propose, préalablement à la fusion, aux actionnaires minoritaires de la société absorbée le rachat de leurs titres⁶³⁸. Mais, cela ne signifie pas que les actionnaires ont la possibilité de racheter ces actions. Afin de se passer de la désignation du commissaire à la fusion ou du commissaire aux apports, il faut simplement leur proposer le rachat de leurs titres en respectant les dispositions légales⁶³⁹. Selon l'ANSA,

fusion de SAS : absence d'accord du conseil de surveillance ou erreur constitutive d'un vice du consentement ?, Bull. Joly Sociétés 2013, n° 3, p. 223.

⁶³³ Cette obligation a été supprimée par la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008 portant diverses dispositions d'adaptation du droit des sociétés au droit communautaire. Il faut également souligner que lorsque la fusion aura lieu entre sociétés sœurs dont le capital est presque totalement détenu par la société mère, la désignation du commissaire aux apports est écartée : voir J.-P. Bouère, La fusion d'une SA et d'une SNC, sociétés-sœurs, ne requiert pas de commissaire à la fusion ni de commissaire aux apports, Bulletin Joly Sociétés, 01 janvier 2002 n° 1, P. 54 ; Pas besoin de commissaire à la fusion ni de commissaire aux apports en cas de fusion d'une SA et d'une SNC, filiales « sœurs », Recueil Dalloz 2001, p. 3128, obs. Sous l'arrêt CA Paris, 3^e ch. C., 21 sep. 2001.

⁶³⁴ Lefèvre, Brève de droit des affaires, oct. 2008, n° 1, p. 1, disponible sur le site www.lefevreassociates.com; S. Michel, Nouvelle réforme des fusions : quoi de neuf en pratique?, Actualités juridiques du village, Dr. des aff. et des sociétés, juin 2011, disponible sur le site www.village-justice.com.

⁶³⁵ Cet article prescrit, dans l'al. 2, que le commissaire aux apports émet un avis sur le nombre de titres à créer au sein de la société absorbante ou la société bénéficiaire des apports.

⁶³⁶ Voir A. Guengant, Aménagements du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions, La semaine juridique entreprise et aff. 2008, n° 30, p. 1977 ; J.-M. Moulin, préc, n° 105.

⁶³⁷ Art. L. 236-11-1, C. com ; voir également l'article 4, paragraphe 2 de la directive n° 2009/109/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009.

⁶³⁸ Le prix proposé par l'absorbante dépend de la situation des actions de l'absorbée. Si les actions de cette dernière ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, la valeur de ces actions doit être déterminée par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible (art. 1843-4, C. civ. sur renvoi de l'art. L. 236-11-1, C. com.). Si les actions de l'absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le prix de celles-ci est déterminé dans les conditions fixées par le règlement général de l'AMF (art. L. 236-11-1, 2°, b, C. com.).

⁶³⁹ B. Saintourens et Ph. Emy, préc.

« il ne s'agit pas d'un rachat obligatoire, les minoritaires restant libres d'accepter l'offre ou non »⁶⁴⁰.

En tout état de cause, pour éviter toute difficulté pouvait surgir en cas d'approbation de l'opération par les actionnaires, il paraît, à notre avis, utile et prudent de désigner un commissaire à la fusion. Cette mesure, propre à la fusion ordinaire, a été instituée pour protéger les minoritaires, ce qui est le cas dans l'absorption d'une filiale à 90 %. Or, les actionnaires minoritaires sont privés de toute analyse sur le rapport d'échange et du rapport du commissaire à la fusion pour pouvoir apprécier la parité d'échange.

Lorsque le projet de fusion est établi par les sociétés parties et est soumis au contrôle du commissaire à la fusion, il doit être approuvé par les assemblées générales appelées à se prononcer sur l'opération projetée.

§II. L'approbation par les assemblées générales du projet de fusion, élément en faveur de la structuration du droit français

215. L'opération de fusion suppose obligatoirement une décision des associés, de chacune des sociétés intéressées, devant être prise dans les conditions prévues pour la modification de leurs statuts⁶⁴¹. Cette solution est justifiée par le fait qu'une telle opération conduit à l'augmentation du capital de la société bénéficiaire. Alors que pour les sociétés qui disparaissent, la fusion conduit à la dissolution sans liquidation de ces sociétés.

L'approbation de l'opération de fusion doit, dans notre étude, être examinée tant en droit européen (A.) qu'en droit français (B.).

⁶⁴⁰ ANSA, Comité juridique n° 11-057, 12 oct. 2011, p. 7.

⁶⁴¹ Art. L. 236-2, al. 2 du Code de commerce.

A. Une approbation requise en droit européen

216. La dixième directive n° 2005/56/CE vient imposer aux Etats membres de l'Union européen un droit commun applicable aux opérations de fusion transfrontalière. En revanche, elle a fait une place aux législations nationales pour régir certaines procédures concernant la réalisation de la fusion, notamment le processus relatif à l'approbation du projet commun de fusion par les associés ou actionnaires des sociétés en cause. Cela revient à dire que la dixième directive n'a rien envisagé en ce qui concerne les modalités de convocation de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur le projet de fusion. Elle a juste énoncé que l'assemblée générale compétente sera convoquée un mois après la publication du projet commun de la fusion transfrontalière⁶⁴². Ainsi, le rapport de l'organe de la direction ou d'administration et le rapport de l'expert doivent être à la disposition des associés un mois avant la tenue de l'assemblée générale appelée à prouver l'opération projetée⁶⁴³. En effet, elle n'a pas précisé le quorum et la majorité requis pour approuver le projet commun de la fusion, il faut donc se référer aux législations nationales des Etats membres⁶⁴⁴.

217. En France, par le jeu de l'article L. 236-25 du Code de commerce, les sociétés de capitaux immatriculées en France peuvent participer aux opérations de fusion transfrontalière à la condition qu'elles ne soient pas contraires aux dispositions prévues aux fusions internes. Par voie de conséquence, sur renvoi aux articles L. 236-1 et suivants, du Code commerce, régissant les fusions internes, une fusion transfrontalière devra être décidée, comme pour une fusion interne, à la majorité requise pour modifier les statuts⁶⁴⁵. En effet, la décision de fusion transfrontalière est soumise à la règle de majorité, de fusion nationale, des deux tiers des associés réunis en assemblée générale extraordinaire. L'unanimité des associés résultant du changement de la nationalité de la société n'est plus requise⁶⁴⁶. Le vote unanime des associés exigé pour approuver la fusion qui a constitué un obstacle à la réalisation de fusion

⁶⁴² Voir l'article 6, paragraphe premier de la directive 2005/56/CE ; voir également N. Morelli, Les fusions transfrontalières, Petites aff. 2007, n° 95, p. 4.

⁶⁴³ L'article 9, paragraphe premier de la directive 2005/56/CE ; voir également Y. Loussouarn, M. Trochu et R. Sotomayor, JCl. Com., 2010, n° 334.

⁶⁴⁴ En ce sens, voir F. Bernard, préc. p. 86.

⁶⁴⁵ A. Lecourt, La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovations et espoirs déçus, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 10, p. 806.

⁶⁴⁶ Voir art. L. 223-30, al. 1^{er}, C. com. pour les SARL ; en ce sens, voir aussi J.-M. Franceschiet W. Maxwell, préc.

transfrontalière est donc écarté par la dixième directive⁶⁴⁷. Les associés statuent sur le projet commun de fusion transfrontalière, et se prononcent ainsi sur le rapport de l'organe de gestion, d'administration ou de direction désormais prévu à l'article L. 236-27, al. 1^{er} du Code de commerce⁶⁴⁸. En revanche, dans le cadre d'une fusion transfrontalière simplifiée, lorsque l'absorbante détient la totalité des titres de l'absorbée, il n'y a pas lieu de réunir l'assemblée générale de cette dernière pour approuver l'opération envisagée⁶⁴⁹. Cette solution est justifiée par le fait que les actions de la filiale appartiennent en totalité ou au moins 90 % à la société mère⁶⁵⁰.

218. Par ailleurs, la directive n° 2005/56/CE ajoute que la législation nationale d'un État membre peut ne pas imposer l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante si les conditions prévues à l'article 8 de la directive 78/855/CEE sont remplies. Or, en raison du renvoi à la directive n° 2011/35/EU⁶⁵¹, la législation interne d'un État membre a la possibilité de ne pas imposer l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de l'absorbante si plusieurs conditions sont réunies. En premier lieu, la publicité du projet de fusion de l'absorbante devait être effectuée au moins un mois avant la tenue de l'assemblée générale de l'absorbée appelée à statuer sur le projet de fusion⁶⁵². Ensuite, lorsque tous les actionnaires de l'absorbante ont eu connaissance du projet de fusion, des comptes annuels, des rapports des organes d'administration ou de direction et du rapport d'expert indépendant⁶⁵³. Finalement, un ou plusieurs actionnaires ayant au moins 5 % du capital de l'absorbante doivent avoir le droit à convoquer l'assemblée générale de celle-ci appelée à approuver la fusion⁶⁵⁴. Dans ces conditions, l'opération de fusion n'est pas soumise à l'approbation de l'assemblée générale de la société absorbante. Cela revient à dire que cette simplification ne concerne pas la société absorbée qui doit approuver le projet de fusion par son assemblée générale.

219. Il nous semble que cette solution est logique dans la mesure où ces formalités étant

⁶⁴⁷ M. Menjucq, F. Marshall, D. Van Del Bulke, M. Butcher et C. Neuville.

⁶⁴⁸ G. Lesieur, Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire n° 2005/56/CE, *Pet. Aff.* 2008, n° 170, p. 8.

⁶⁴⁹ C. Cathiard, Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008, *Dr. sociétés*, 2008, n° 10, étude 8.

⁶⁵⁰ B. Saintourens et Ph. Emy, *préc.*

⁶⁵¹ La directive 78/855/CEE a été abrogée par la directive n° 2011/35/EU du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes

⁶⁵² Art. 8, point a) de la directive n° 2011/35/EU.

⁶⁵³ Art. 8, point b) et art. 11, paragraphe 1 de la directive n° 2011/35/EU.

⁶⁵⁴ Art. 8, point c) de la directive n° 2011/35/EU.

destinées à protéger les actionnaires, alors que l'actionnaire unique de la société absorbée est la société absorbante. Dans cette hypothèse, il est peu probable que des conflits d'intérêt peuvent apparaître aussi entre les associés des sociétés en cause qu'entre ces sociétés elles-mêmes. Il n'est pas donc utile d'imposer à la société absorbée de telles dispositions.

Pour finir, on remarque que les dispositions relatives aux opérations de fusion interne régissent les procédures décisionnelles se rapportant aux fusions transfrontalières. Le législateur européen n'a pas donc négligé le rôle des législations internes des Etats membres dans la réalisation des fusions transfrontalières. Il convient en effet d'envisager les modalités de la décision des associés en droit français.

B. De l'organisation de l'approbation de l'opération par les associés en droit français

220. L'opération de fusion ne peut aboutir à ces fins sans qu'une décision des associés des sociétés parties n'intervienne pour approuver le projet de fusion. Néanmoins, cette décision ne rend toute seule pleinement efficace la fusion que certaines formalités sont mises en œuvre. Autrement dit, une telle opération ne produit ses effets que si la décision des associés fait l'objet d'une publicité. De même, l'opération de fusion doit toujours être régulière : une fois la fusion est annulée, ses effets, sous réserve de la protection des droits du tiers, seront anéantis. Pour cela, il convient, en premier lieu, d'étudier les modalités de la décision des associés (1°), ensuite, en deuxième lieu, nous allons examiner les formalités de publicité de cette décision (2°), avant d'exposer la nullité de la fusion (3°).

1° Les modalités de la décision des associés en droit français : aspect de structuration

221. Sur ce point, deux difficultés peuvent surgir ; la première concernant l'existence des actions de catégories particulières, telles que les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, qui peuvent perturber l'accomplissement de la fusion. En effet, l'opération de fusion est soumise à l'approbation des assemblées spéciales qui réunissent les titulaires de chaque

catégorie d'actions⁶⁵⁵. Alors que la deuxième difficulté est relative à l'existence dans la société absorbante des clauses d'agrément. Dans ce cas, la question se pose de savoir si ces clauses sont considérées comme opposables aux associés ou actionnaires des sociétés qui reçoivent, en échange de leurs droits sociaux, des actions de la société absorbante et, par la suite, en deviennent associés.

a) La délibération des assemblées générales compétentes : efficacité du rôle

222. La délibération des assemblées générales dépend du modèle de l'opération envisagée. Pour ce faire, il faut distinguer entre la fusion-absorption faite au profit de sociétés existantes (α), la fusion par création de société nouvelle (β) et, enfin, le cas de la fusion de la société en liquidation (ζ).

α) La fusion- absorption réalisée au profit des sociétés existantes

223. La délibération des associés des sociétés parties à une opération de fusion-absorption au profit de sociétés existantes nous conduit à distinguer entre l'hypothèse des associés ou actionnaires de la société absorbée (i) et celle des associés ou actionnaires de la société absorbante (ii). Au-delà de ces deux hypothèses, il y a, dans l'une ou l'autre des sociétés existantes, la situation des porteurs des actions de catégories particulières ou de certificats d'investissement qui vient perturber la réalisation de l'opération envisagée. Il en résulte que les assemblées spéciales (iii) regroupant les titulaires de ces titres sont réunies et consultées dans chacune des sociétés en présence.

⁶⁵⁵ En ce sens, voir les articles L. 225-99 et L. 236-9, al. 2, C. com.

i) L'impératif de la délibération des associés ou actionnaires de la société absorbée

224. Préalablement à la tenue de l'assemblée générale appelée à se prononcer sur l'opération projetée, les associés ou actionnaires de la ou des sociétés absorbées devaient être consultés sur la fusion. Après avoir lu le rapport des organes de direction, le projet de fusion, le rapport du commissaire à la fusion, ou, à défaut, celui du commissaire aux apports, les associés ou actionnaires de la société appelée à disparaître se réunissent en assemblée générale pour approuver la fusion⁶⁵⁶. Dans ces perspectives, la loi sur les sociétés commerciales pose une règle générale selon laquelle la fusion est décidée « par chacune des sociétés intéressées, dans les conditions requises pour la modification des statuts »⁶⁵⁷. Ce texte s'applique certainement à la ou aux sociétés absorbées appelées à disparaître suite à la fusion-absorption. A ce stade, il convient de distinguer entre le cas où la société absorbée est une société anonyme⁶⁵⁸ et celui où cette société est une société à responsabilité limitée.

225. Lorsque la société appelée à disparaître est une société anonyme, l'opération de la fusion-absorption doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée⁶⁵⁹. Cette assemblée doit délibérer selon les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts. En effet, le quorum prévu pour la validité de l'assemblée générale extraordinaire est du quart des actions ayant le droit de vote sur la première convocation et du cinquième des actions sur la deuxième convocation⁶⁶⁰. A défaut, l'assemblée peut être reportée à une date ultérieure qui ne peut être postérieure à plus de deux

⁶⁵⁶ J.-M. Moulin, préc.

⁶⁵⁷ Art. L. 236-2, al. 2, C. com.; dans le même sens, voir également l'art. 1844-4, al. 4, C. civ.

⁶⁵⁸ Les règles relatives aux SA s'appliquent, par voie d'assimilation, aux sociétés en commandite par actions (art. L. 226-1, al. 2, C. com.) et aux SAS (art. L. 227-1, al. 3, C. com.).

⁶⁵⁹ Art. L. 236-9, al. 1^{er}, C. com.

⁶⁶⁰ La convocation est faite par le conseil d'administration ou le directoire (art. L. 225-103, C. com.). La convocation est effectuée selon les dispositions des statuts de la société absorbée. Nonobstant ces dispositions, un avis de convocation doit être inséré dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social de la société concernée. Si la société fait une offre au public ou si toutes les actions ne revêtent pas la forme nominative, l'avis est inséré au BALO (art. R. 225-67, al. 1^{er}, C. com.). Si les actions sont nominatives, ces insertions peuvent être remplacées par une convocation effectuée par une lettre simple ou recommandée (art. R. 225-67, al. 2, C. com.) par un courrier électronique (art. R. 225-63, C. com.) adressé à chaque actionnaire. Le délai de convocation ne peut pas, sous réserve que les statuts peuvent stipuler un délai plus long, être moins de 15 jours sur première convocation et 10 jours sur deuxième convocation (art. R. 225-69, C. com.). Sur le calcul du délai, la Cour de cassation a précisé que « le jour d'envoi de la convocation n'est compté alors que le jour de la tenue de l'assemblée l'est (cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-14118).

mois et pour laquelle le quorum du cinquième est à nouveau exigé. Les statuts peuvent néanmoins prévoir un quorum plus élevé que celui fixé par la loi, sans naturellement exiger la totalité du capital⁶⁶¹. En ce qui concerne la majorité, elle est fixée aux deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés⁶⁶².

226. Par ailleurs, il faut se rappeler que les dispositions de l'article 1836, al. 2 du Code civil⁶⁶³ reprises par l'article L. 236-5 du Code de commerce doivent être prises en considération. En effet, lorsque l'opération envisagée a pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires, elle ne peut être décidée qu'à l'unanimité de ces derniers. Tel est le cas lorsqu'une SA est absorbée par une société en nom collectif, car les actionnaires de la société absorbée deviendraient responsables indéfiniment et solidairement du fait de la nouvelle forme juridique de la société absorbante⁶⁶⁴. A été jugé que l'absorption d'une société anonyme par une société à capital variable exige l'accord de tous les actionnaires de la société absorbée car, en cas de retrait volontaire ou d'exclusion, ceux-ci deviendraient responsables envers les autres associés et les tiers de toutes les obligations qui existaient au moment de leur départ⁶⁶⁵.

227. En revanche, dans le cadre d'une fusion simplifiée, il n'y pas lieu d'approuver l'opération de fusion par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbée. Cependant, un ou plusieurs actionnaires de la société absorbante réunissant au moins 5 % du capital social peut demander en justice la désignation d'un mandataire aux fins de convoquer l'assemblée générale extraordinaire de l'absorbante pour qu'elle se prononce sur l'approbation de la fusion⁶⁶⁶.

228. Quant à la société à responsabilité limitée, la convocation relève de la compétence du gérant de celle-ci⁶⁶⁷. Il n'y a aucun quorum prévu pour que l'assemblée générale extraordinaire puisse délibérer. Tandis que pour la majorité, les décisions doivent être prises par les associés qui représentent au moins les trois quarts des parts sociales⁶⁶⁸. Toutefois, à

⁶⁶¹ Art. L. 225-96, al. 2, C. com.

⁶⁶² Art. L. 225-96, al. 3, C. com.

⁶⁶³ Selon cet article « en aucun cas, les engagements d'un associé ne peuvent être augmentés sans le consentement de celui-ci ».

⁶⁶⁴ P. Le Cannu et B. Dondero, préc., n° 1627, p. 1017.

⁶⁶⁵ CA Paris, 24 novembre 1980, Bull. Joly Sociétés 1981, n° 366, p. 701.

⁶⁶⁶ Art. L. 236-11, al. 2 et L. 236-11-1, al. 2, C. com.

⁶⁶⁷ Art. L. 223-27, al. 2, C. com. La convocation est effectuée par lettre recommandée. Le délai de convocation est prévu par les statuts, mais, il ne peut être inférieur à 15 jours (art. R. 223-20, al. 1^{er}, C. com.).

⁶⁶⁸ Voir l'article L. 223-30, al. 2, C. com.

partir du 2005, les modifications statutaires des sociétés à responsabilité limitée constituées après la publication de la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, l'assemblée ne délibère valablement que si les associés présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le quart des parts et, sur deuxième convocation, le cinquième de celles-ci. A défaut de ce quorum, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée⁶⁶⁹. Si le quorum requis est atteint, sur première ou deuxième convocation, les modifications sont décidées à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés. En revanche, les statuts peuvent prévoir des quorums ou une majorité plus élevés⁶⁷⁰, sans pouvoir, pour cette dernière, exiger l'unanimité des associés⁶⁷¹. Cette unanimité est requise dans le seul cas d'augmentation des engagements des associés lors de la réalisation de la fusion.

La réalisation de la fusion nécessite également l'approbation de la fusion par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante.

ii) La nécessaire délibération des associés ou actionnaires de la société absorbante

229. Les règles applicables à la société appelée à disparaître se retrouvent aussi pour la délibération des associés de la société absorbante⁶⁷². Or, l'opération de la fusion doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Ainsi, lorsque la société absorbante est une société anonyme, la décision ne sera valable que si le quorum du quart pour la première convocation, ou du cinquième pour la deuxième convocation est atteint. Tandis que pour la majorité, la décision doit être prise par les deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés. Si la société absorbante est une société à responsabilité limitée, la décision doit être prise par, au moins, les trois quarts des parts

⁶⁶⁹ Art. L. 223-30, al. 3, C. com.

⁶⁷⁰ Art. L. 223-30, al. 3, C. com. ; en ce sens, voir également Le mémento de la SARL et de l'EURL, Groupe revue fiduciaire, 10^e éd. 2010, n° 1031, p. 288.

⁶⁷¹ L'unanimité est toutefois requise en cas d'absorption d'une SARL par une société en nom collectif ou une SAS. En ce sens, la Cour d'appel de Rennes a jugé, le 19 juin 2007, que « il ne sera pas contesté que la fusion absorption par une société par actions simplifiée d'une société ayant une autre forme est soumise à un vote d'approbation unanime des associés » (CA Rennes, 2^e ch. com. 19 juin 2007, n° 04/06898).

⁶⁷² Sur ce point, voir M. Chadeaux, préc. n° 161 et s., p. 78.

sociales. Pour les sociétés constituées après la loi du 2 août 2005, la décision est valable lorsque le quorum du quart des parts, sur première convocation, et du cinquième, sur deuxième convocation, est atteint. Dans ce cas, la décision sera prise à la majorité des deux tiers des parts détenues par les associés présents ou représentés.

230. Cependant, une question se pose. Celle de savoir lorsque la société absorbée est actionnaire de la société absorbante, les actions qu'elle possède seront prises en compte pour le calcul du quorum et de la majorité. Tout d'abord, lorsque la société absorbée est actionnaire de la société absorbante, cette société ne peut pas voter à l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante sur l'approbation des apports en nature⁶⁷³. Toutefois, cette règle connaît certaines exceptions : la société absorbée ne peut voter sur l'approbation des apports en nature, c'est-à-dire qu'elle peut voter pour les autres résolutions. Ainsi, cette exclusion peut-elle s'étendre aux actionnaires de la société qui disparaît dans le cas où ils sont actionnaires de la société absorbante. Selon certains auteurs⁶⁷⁴, lorsque la société qui disparaît conserve, au moment de la réunion de l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante, sa personnalité morale, il n'y a pas lieu de les exclure du vote puisque ces actionnaires n'ont pas la qualité d'apporteur.

La décision des associés n'est pas suffisante lorsque le capital social des sociétés participant comporte des actions de catégories déterminées. Des assemblées spéciales interviennent en la matière pour approuver l'opération de fusion.

iii) Du sort obligatoire de la délibération des assemblées spéciales

231. Ce type d'assemblées figure dans les sociétés anonymes et les sociétés en commandite par actions en raison de l'existence de certaines catégories particulières d'associés justifiant leur réunion en assemblée spéciale. Les assemblées spéciales réunissent donc les titulaires d'actions d'une catégorie particulière⁶⁷⁵. L'assemblée spéciale est

⁶⁷³ Voir l'art. L. 225-10, al. 1^{er}, C. com. sur renvoi de l'art. L. 225-147, al. 2, C. com.

⁶⁷⁴ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 920, p. 392.

⁶⁷⁵ Art. L. 225-99, al. 1^{er}, C. com.

convoquée⁶⁷⁶ à se prononcer chaque fois une décision de l'assemblée générale envisage de modifier les droits attachés à de telle ou telle catégorie. La décision de l'assemblée générale ne devient définitive qu'après l'approbation de l'assemblée spéciale concernée⁶⁷⁷. A défaut, la décision de l'assemblée générale sera sans effet⁶⁷⁸. Les assemblées spéciales ne délibèrent valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés⁶⁷⁹. Il en résulte que les assemblées spéciales sont, aussi tant les sociétés absorbées que dans l'absorbante, soumises aux mêmes exigences de quorum et de majorité des assemblées générales extraordinaires. Cependant, il faut distinguer entre l'hypothèse prévue à l'article L. 236-9, al. 2 et celle de l'article L. 236-9, al.3 du Code de commerce qui concerne les certificats d'investissement.

232. L'article L. 236-9, al. 2 du Code de commerce prévoit que la fusion est soumise, dans chacune des sociétés parties à l'opération, à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-15. Ce texte vise les assemblées spéciales réunissant les titulaires d'une catégorie d'actions déterminée prévues par l'article L. 225-99, ainsi que l'assemblée spéciale regroupant les titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote. En effet, la fusion doit être ratifiée par l'assemblée spéciale concernée en prenant une décision sur l'opération projetée. Elle peut, en revanche, refuser de ratifier, si elle voit nécessaire, le projet qui lui est soumis. La ratification du projet de fusion par l'assemblée spéciale est obligatoire dans la société absorbée et absorbante. En pratique, la ratification du projet, par l'assemblée spéciale, est sollicitée avant que le projet ne soit définitivement arrêté par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés intéressées⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ Une assemblée spéciale serait convoquée selon les modalités envisagées à l'article L. 225-103, C. com. Ainsi, un ou plusieurs actionnaires réunissant au moins 5 % des actions de la catégorie intéressée peuvent demander en justice la désignation d'un mandataire qui s'engage à convoquer l'assemblée spéciale (art. L. 225-103, IV, C. com.).

⁶⁷⁷ Art. L. 225-99, al. 2, C. com.

⁶⁷⁸ Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc, n° 559, p. 609.

⁶⁷⁹ Art. L. 225-99, al. 3, C. com.

⁶⁸⁰ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 926, p. 394.

233. S'agissant de l'article L. 236-9, al. 3 du Code de commerce, il dispose que le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales de porteurs de certificats d'investissement qui statuent selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires. Ce texte connaît une exception : lorsque la société absorbant propose à tous les porteurs de certificats d'investissement de la société absorbée le rachat de leurs titres. Les titulaires⁶⁸¹ disposent d'un délai de trente jours, à partir de l'insertion de l'offre dans un journal d'annonces légales⁶⁸², pour décider soit d'accepter l'offre de rachat soit de conserver leurs titres⁶⁸³. En cas de rachat, la société absorbante va payer aux porteurs de certificats le prix fixé par le contrat de fusion et procéder à l'annulation des titres correspondants, ce qui conduit à réduire le capital social de la société absorbée. Lorsqu'un titulaire de ces certificats refuse l'offre de rachat qui lui est proposée, il conserve sa qualité dans la société absorbante aux conditions prévues par le contrat de fusion. Par conséquent, la société absorbante émettra, en échange de certificats d'investissement, des actions pour la rémunération des apports effectués par les titulaires de ces certificats⁶⁸⁴.

Lorsque la fusion conduit à la création d'une société nouvelle, l'approbation de l'opération par les assemblées d'associés ou d'actionnaires obéit à des règles différentes de celles applicables au sein d'une fusion absorption.

β) La fusion par création de société nouvelle

234. Lorsque l'opération de fusion amène à la création de société nouvelle recevant les apports-fusion de deux ou plusieurs sociétés déjà existantes, cette société est constituée selon les règles propres à la forme de société adoptée⁶⁸⁵. Néanmoins, lorsque la société nouvelle est créée sans autres apports que ceux des sociétés appelées à disparaître, le législateur apporte des mesures de simplification applicables à cette nouvelle entité. Au contraire, si la nouvelle

⁶⁸¹ La société en cause fait cette offre d'achat à tous les actionnaires (art. R. 225-153, al. 1^{er}, C. com.).

⁶⁸² L'avis d'achat est inséré dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans le département du siège social et, en outre, si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes ses actions ne revêtent pas la forme nominative, au Bulletin des annonces légales obligatoires (art. R. 225-153, al. 2, C. com.). Toutefois, si toutes les actions de la société sont nominatives, les insertions prévues à l'alinéa précédent peuvent être remplacées par un avis adressé, par lettre recommandée et aux frais de la société, à chaque actionnaire (art. R. 225-153, al. 3, C. com.).

⁶⁸³ Art. R. 236-5, al. 4, C. com.

⁶⁸⁴ Art. R. 236-5, al. 4, C. com.

⁶⁸⁵ Art. L. 236-2, al. 3, C. com.

entité bénéficie d'autres apports que ceux des sociétés en cause, l'ensemble des procédures relatives à la constitution de société trouve application⁶⁸⁶. Les mesures de simplification diffèrent selon que la société nouvelle issue de la fusion est une société anonyme ou une société à responsabilité limitée.

235. Si la société nouvelle est une société anonyme, l'article L. 236-12 du Code de commerce précise que si la fusion est réalisée par la création de société nouvelle, cette dernière peut être constituée sans autres apports que ceux des sociétés qui fusionnent⁶⁸⁷. De même, le projet de statuts de la société nouvelle est approuvé par l'assemblée générale extraordinaire de chacune des sociétés qui disparaissent. En ce cas, il n'y pas lieu à l'approbation de l'opération envisagée par l'assemblée générale de la société nouvelle⁶⁸⁸.

Par ailleurs, l'article L. 236-12 du Code de commerce exclut l'intervention de commissaire aux apports lorsque la société nouvelle est constituée sans autres apports que ceux réalisés par les sociétés procédant à leur fusion. Toutefois, cette possibilité a été supprimée au motif que « même lorsque la fusion est réalisée par voie de création d'une société nouvelle, le risque de surévaluation des valeurs d'apport est tout aussi grand que lorsqu'elle réalisée par voie de fusion-absorption »⁶⁸⁹. Les assemblées des sociétés fusionnées doivent donc se prononcer sur l'évaluation des apports en nature au vu d'un rapport établi par un commissaire aux apports⁶⁹⁰. L'approbation des apports en nature est donc soumise aux assemblées générales extraordinaires des sociétés fusionnées et ne relève pas de la compétence de l'assemblée de la société nouvelle.

236. De la même manière, les premiers administrateurs ou les membres du conseil de surveillance et les premiers commissaires aux comptes doivent être nommés par les assemblées générales des sociétés participant aux fusions⁶⁹¹. Cette désignation est effectuée dans les statuts de la société nouvelle et qui doit également être approuvée par les assemblées générales extraordinaires des sociétés qui fusionnent⁶⁹². La durée des fonctions des

⁶⁸⁶ M. Chadeaux, préc, n° 174, p. 83.

⁶⁸⁷ Art. L. 236-12, al. 1^{er}, C. com.

⁶⁸⁸ Art. L. 236-12, al. 2, C. com.

⁶⁸⁹ JO Sénat, 13 novembre 1987, p. 3847.

⁶⁹⁰ Art. L. 225-14, al. 1^{er}, C. com.

⁶⁹¹ Art. L. 225-16, C. com.

⁶⁹² M. Chadeaux, préc, n° 176, p. 84.

administrateurs est déterminée par les statuts sans pouvoir excéder six ans⁶⁹³.

Ces procédures dérogatoires prévues à l'article L. 236-12 du Code de commerce ne sont applicables que dans les fusions opérées entre sociétés par actions. En effet, si la société nouvelle reçoit des apports de personnes autres que les sociétés en cause, comme dans le cas d'une fusion faite entre une société anonyme et une société à responsabilité limitée, toutes les procédures requises pour la constitution de société anonyme avec apports en nature doivent être appliquées⁶⁹⁴.

237. Dans le cas où la société nouvelle est une société à responsabilité limitée, la constitution de la société nouvelle résulte d'un acte signé par les représentants des sociétés qui disparaissent⁶⁹⁵. En effet, les associés des sociétés absorbées deviennent associés de la société nouvelle lors de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés⁶⁹⁶. En outre, selon l'article L. 236-23, al. 2 du Code de commerce, lorsque la fusion est faite par apports à une société à responsabilité limitée, cette dernière peut être constituée sans autres apports que ceux effectués par les sociétés procédant à leur fusion. Dans ce cas, les associés des sociétés fusionnées peuvent agir de plein droit en qualité de fondateurs de la société nouvelle et il est procédé conformément aux exigences auxquelles soumise la constitution de SARL⁶⁹⁷. Ensuite, les statuts de la société nouvelle doivent être signés par tous les associés en personne, ou par mandataire justifiant d'un pouvoir spécial⁶⁹⁸.

Cependant, lorsqu'une société en liquidation intervient dans une fusion, la question se pose de savoir si les assemblées des associés approuvent l'opération envisagée ou s'il y d'autres personnes chargées d'approuver la fusion.

⁶⁹³ Art. L. 225-18, al. 1^{er}, C. com.

⁶⁹⁴ Voir A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83335.

⁶⁹⁵ Art. L. 223-6, C. com.

⁶⁹⁶ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83320.

⁶⁹⁷ Art. L. 236-23, al. 4, C. com.

⁶⁹⁸ Art. L. 223-6, C. com.

ç) Approbation sous condition lorsque la société concernée en cours de liquidation

238. La participation aux opérations de fusion ne se limite pas aux seules sociétés existant au moment de la réalisation de la fusion. Cette possibilité est également ouverte aux sociétés en liquidation. Toutefois, la participation d'une société en liquidation aux fusions est soumise à une condition : il faut que la répartition de ses actifs entre les associés n'ait pas encore eu lieu⁶⁹⁹. Si la répartition des actifs a fait l'objet d'un début d'exécution, la fusion ne peut pas être opérée et la liquidation de la société arrive à son terme⁷⁰⁰. La société en liquidation est représentée par un liquidateur notamment dans les rapports avec les tiers⁷⁰¹.

En matière de fusion, l'apport de l'actif de la société en liquidation ne peut être réalisé par le liquidateur que s'il a obtenu l'autorisation des associés conformément aux dispositions de l'article L. 237-8 du Code de commerce. Il en résulte que la cession de l'actif de cette société par voie de fusion peut être autorisée dans les conditions suivantes : l'unanimité des associés dans les sociétés en nom collectif, l'unanimité des commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires dans les sociétés en commandite simple, la majorité exigée pour la modification des statuts dans les sociétés à responsabilité limitée et les conditions de quorum et de majorité prévues pour l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés par actions et, dans les sociétés en commandite par actions, l'accord unanime des commandités⁷⁰².

239. Par ailleurs, il convient de souligner que la participation des sociétés en liquidation aux fusions, y compris l'approbation du projet de fusion, concerne seulement les sociétés en liquidation amiable⁷⁰³. Les sociétés mises en liquidation judiciaire ne sont pas concernées par les opérations de fusion⁷⁰⁴ dans la mesure où une telle liquidation « est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou

⁶⁹⁹ Art. L. 236-1, al. 3, C. com.

⁷⁰⁰ A. Cathelineau-Rouland, Liquidation des sociétés-Mise en oeuvre de la liquidation, JCI Sociétés Traité, 2008, n° 103.

⁷⁰¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc, n° 500, p. 275. Le bénéfice de la survie de la personnalité juridique n'est accordé qu'aux sociétés qui désignent un liquidateur : P. Me Cannu et B. Dondero, préc, n° 599, p. 384.

⁷⁰² Voir J. Koch, préc, p. 24 ; A. Cathelineau-Rouland, préc, n° 101 et 103.

⁷⁰³ Nous allons étudier, d'une manière plus détaillée, la liquidation amiable de la société dans la deuxième partie de notre étude.

⁷⁰⁴ J. Mestre et D. Valardocchio, préc, n° 1870, p. 920.

séparée de ses droits et de ses biens »⁷⁰⁵.

L'approbation de la fusion par les assemblées générales des sociétés parties ne pose guère pas de difficultés. L'opération de fusion peut être perturbée par l'existence des clauses d'agrément au sein de l'une ou des sociétés participant.

b) L'application des clauses d'agrément

240. La clause d'agrément permet d'écarter l'entrée dans la société des nouveaux associés dont la présence est considérée indésirable. Cette clause constitue donc une exception à la règle de libre négociabilité des titres. Il est admis que les associés ou actionnaires peuvent soumettre à la procédure d'agrément tout type d'opération sur le capital de la société⁷⁰⁶ sous réserve que cette clause soit suffisamment précisée dans les statuts⁷⁰⁷. Mais, en cas de fusion entre deux ou plusieurs sociétés, cette opération implique inévitablement l'entrée de nouveaux associés dans la société absorbante. Or, l'application de la clause d'agrément à la suite d'une opération de fusion est posée dans deux cas distincts⁷⁰⁸. Le premier est celui où les statuts de la société bénéficiaire impliquent une clause d'agrément lors de toute cession de titres à nouveaux associés. Mais, puisque la fusion conduit à l'entrée des associés des sociétés qui disparaissent dans la société bénéficiaire, est-il possible de leur imposer un agrément préalable ? (α). Alors que le second cas est celui où figure dans le patrimoine de la ou des sociétés qui disparaissent des titres dont la cession à un tiers soumis à agrément (β). La société bénéficiaire doit-elle être agréée, dans les conditions prévues aux statuts, pour acquérir la qualité d'associé de la société tierce ou peut-elle l'acquérir librement ? Ces deux cas seront étudiés l'un après l'autre.

⁷⁰⁵ Art. L. 640-1, al. 2, C. com.; voir également F.-X. Lucas, Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés : Bull. Joly Sociétés 2009, n° 3, p. 285.

⁷⁰⁶ Pour certaines sociétés, ces clauses sont ont été laissées à l'initiative des parties : pour les SA, art. L. 228-24, C. com., pour les SAS, art. L. 227-14, C. com. En revanche, pour d'autres, ces clauses sont régies par la loi et ne sont pas laissées à l'initiative des parties : pour les SARL (art. 223-14, C. com.), pour les sociétés en commandite (art. 222-8, C. com.) et pour les sociétés en nom collectif (art. 221-13, C. com.).

⁷⁰⁷ A. Theimer, Fusion entre collecteur action logement (CIL 1%) et clause d'agrément dans une société anonyme d'habitation à loyer modéré, JCI Actes pratiques et Ingénierie sociétaire, Rev. Bimestrielle, mai/ juin 2011, p. 17.

⁷⁰⁸ M. Jeantin, Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales, Dr. sociétés mai 1988, p. 2.

α) L'agrément des associés des sociétés appelées à disparaître

241. Lorsque la fusion a eu lieu, les associés de la société qui disparaît reçoivent, en échange de leurs droits sociaux, des titres de la société bénéficiaire. Dans ce cas, ils acquièrent la qualité d'associé de cette dernière. Lorsque les statuts de la société bénéficiaire soumettent à agrément toute cession de titres à un tiers, est-ce que les associés des sociétés qui disparaissent soumettent aussi à cette obligation ? Certains estiment que la clause prévoyant l'agrément des cessionnaires des titres ne trouve pas ici application⁷⁰⁹. Ainsi, d'après la jurisprudence⁷¹⁰, l'agrément n'est pas nécessaire. Cette solution se justifie par le fait que l'opération de fusion emporte la transmission universelle du patrimoine de la ou des sociétés qui disparaissent au profit de la société bénéficiaire, ce qui conduit à dire qu'il n'y a pas de cession de titres⁷¹¹. De même, la société bénéficiaire émettra de nouveaux titres pour rémunérer les associés des sociétés appelées à disparaître ; elle ne peut donc pas se dégager de cette obligation en évoquant l'obligation des associés de se faire préalablement agréer⁷¹². L'obligation de l'agrément est par conséquent inutile dans la mesure où l'opération de fusion a été approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire. En effet, l'idée d'appliquer à une fusion des clauses d'agrément est rejetée, peu importe que le transfert des titres, résultant d'une fusion, soit ou non expressément visé par de telles clauses car ce transfert ne peut être régi par l'agrément⁷¹³.

Il en résulte qu'il n'y a pas lieu d'appliquer ici la jurisprudence qui admet qu'une clause d'agrément prévue pour la cession de titres puisse s'appliquer à une augmentation de capital⁷¹⁴. Cette décision se justifie par des motifs qui sont propres à l'opération d'augmentation de capital. L'opération se présente sûrement par une augmentation de capital de la société bénéficiaire, mais cette augmentation est incorporée dans le processus de la

⁷⁰⁹ M. Jeantin, *Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales*, op. cit., p.2 ; A. Constantin, *l'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou cession : le poids des mots, le choc des principes* : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 742.

⁷¹⁰ Cass. com., 19 avr. 1972, D. 1972, p. 538, obs. D. Schmidt.

⁷¹¹ En ce sens, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, le 19 avril 1972, que « la transmission des parts litigieuses faite directement de la société ancienne, dont la personnalité a survécu pour les besoins de sa liquidation, à la société nouvelle par la dévolution de la partie de son patrimoine à cette dernière, ne peut être considérée comme une cession isolée faite à un tiers » : Cass. com., 19 avr. 1972, préc.

⁷¹² M. Chadeaux, préc, n° 166, p. 79.

⁷¹³ J.-P. Bertrel et M. Bertrel, *Fusion-acquisition : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ?*, Dr. et Patri. 2003, n° 114.

⁷¹⁴ Paris, 15^e ch. B, 19 mars 1982, RTD com. 1982, 258, obs. Alfandari et Jeantin.

fusion et elle n'est donc pas isolée. En conséquence, le principe de transfert universel de patrimoine de la société qui disparaît fait obstacle à l'application de la clause d'agrément prévue, en cas de cession de titres, dans les statuts de la société bénéficiaire⁷¹⁵.

β) La clause d'agrément, en qualité d'associé d'une société tierce, de la société bénéficiaire

242. Lorsque figurent parmi l'actif de la société qui disparaît, et qui est transmis à la société bénéficiaire, des titres d'une société tierce dont les statuts prévoient l'agrément de toute cession, la question se pose de savoir si une telle clause s'impose au cas de fusion. Si cette clause est permise, la société tierce peut ne pas accepter la société bénéficiaire de la transmission du patrimoine comme un associé. La jurisprudence avait eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Le principe posé par la Cour de cassation, du 3 juin 1986⁷¹⁶, a été réaffirmé par un arrêt rendu le 6 mai 2003⁷¹⁷. Selon ces arrêts, « la fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément prévue dans les statuts d'une société anonyme est interdite ».

243. Il est évidant que ce principe trouve application lorsque la clause insérée dans les statuts de la société concernée ne visait que les cessions d'actions⁷¹⁸. De ce fait, une telle clause ne s'appliquera pas au transfert d'actions résultant d'une opération de fusion. En contrepartie, si la clause d'agrément vise, non seulement les cessions des titres, mais aussi la fusion, celle-ci saurait s'appliquer⁷¹⁹. La Cour de cassation⁷²⁰ estime qu'il est possible d'étendre les clauses d'agrément aux fusions en précisant que « rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des

⁷¹⁵ Voir Cass. com., 19 avril 1972, préc.

⁷¹⁶ Cass. com., 3 juin 1986, Bull. 1986, IV, n° 115, p. 98; D. Cohen, Application de la clause d'agrément à la fusion de sociétés, JCI La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2003, n° 38, 1327.

⁷¹⁷ Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12567 : Bull. 2003, IV, n° 70, p. 79, (aff. Yves Rocher).

⁷¹⁸ En ce sens, la Cour de cassation a jugé que « la clause d'agrément, ne visant que les cessions à une personne étrangère à la société, ne pouvait être appliquée à la transmission des parts par voie de fusion-absorption de sociétés dont le mécanisme est différent de la cession » : Cass. com., 12 févr. 2008, n° 06-20996 : Dr. sociétés 2008, n° 74, note R. Mortier.

⁷¹⁹ A. Theimer, Les clauses d'agrément, JCP La semaine Juridique Entreprise et Affaires, 2005, n° 44-45, 1587, p. 1883 ; I. Urbain-Parléani, La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément : le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce, in Mélanges Y. Guyon, Dalloz 2003, p. 1061.

⁷²⁰ Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13484, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 294, p. 1075, obs. M. Menjucq et A. Taste.

statuts et que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité »⁷²¹. En effet, la Cour suprême est favorable au jeu des clauses d'agrément dans la mesure où ces clauses sont rédigées d'une manière expresse qu'elles ont vocation à s'appliquer aux fusions⁷²². Au surplus, la Cour de cassation est allée plus loin en énonçant, dans l'affaire Laboratoires Yves Rocher, que la transmission de toute action ou certificat d'investissement à un tiers non actionnaire est soumise au droit d'agrément du conseil d'administration, les associés de la société Laboratoires Yves Rocher⁷²³ ont entendu soumettre à l'agrément toute forme de transfert des titres, y compris par voie de fusion, et non pas seulement la cession entre vifs. Par voie de conséquence, on peut soumettre la fusion à agrément en rédigeant une formule générale selon laquelle les statuts soumettent à agrément « le transfert d'actions à un tiers non-actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit »⁷²⁴. Il résulte de la jurisprudence que, pour soumettre la fusion à agrément, la clause doit soit être explicite soit, si elle ne vise pas directement la fusion, comporte des termes qui couvrent sans ambiguïté les fusions⁷²⁵.

244. Lorsque l'agrément est bien accordé, la société absorbante devient, en lieu et place de la société absorbée, associée ou actionnaires de la société émettrice des titres⁷²⁶. Ces conséquences sauraient aussi s'appliquer si l'agrément résulte du défaut de réponse de la société émettrice dans les trois mois suivant la réception de demande par celle-ci⁷²⁷. En cas de refus d'agrément, deux hypothèses doivent être envisagées. Si l'agrément a été refusée avant le vote de la fusion, la société en cause peut soit conserver les titres soit se prévaloir de la procédure de rachat en vue d'une réduction du capital⁷²⁸. En cas de désaccord des parties, le

⁷²¹ Lamy Sociétés commerciales, Jeu de la clause d'agrément en cas de fusion, RLDA 2007, n° 9 ; voir également CA Paris, 3^e ch. 9 févr. 2006, n° 05/03072, Bull. Joly 2006, n° 6, comm. 160.

⁷²² M. Roussille, Clause d'agrément et fusion absorption d'un actionnaire, Dr. sociétés, oct. 2011, n° 10, comm. 171.

⁷²³ Cass. com., 6 mai 2003, préc.

⁷²⁴ Ph. Merle, Clause d'agrément et fusion...encore !, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 10, p. 774, note sous CA Rouen, ch. civ. et com., 9 juin 2011, n° 10/05530, SA Dialogue c/ Ass. Logeo et c. Dans cette affaire, la Cour d'appel de Rouen avait décidé qu'il « ne peut être admis que le terme de transfert employé dans la clause statutaire englobe une opération de fusion-absorption » ; voir également P. Le Cannu et B. Dondero, préc, n° 1640, p. 1023 ; A. Theimer, préc, p. 17.

⁷²⁵ M. Chadeaux, préc, n° 166, p. 80 ; en ce sens, voir aussi A. Theimer, préc, p. 1883.

⁷²⁶ A. Constantin, préc, n° 20.

⁷²⁷ Dans ce cas, la société absorbante bénéficie d'un agrément automatique issu de l'expiration du délai de trois mois sans réception une réponse de la société émettrice des titres (pour les SA, art. 228-24, al. 1^{er}, C. com., pour les SARL, art. L. 223-14, al. 2, C. com.) : P. Le Cannu et B. Bondero, préc, n° 1182, p. 758 ; M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc, n° 783, p. 418.

⁷²⁸ Ce droit doit être exercé dans un délai de trois mois à compter de la notification du refus : art. L. 228-24, al. 2, C. com. ; dans le même sens, voir B. Espesson-Vergeat, Le clair-obscur de la clause d'agrément dans les opérations de fusion, Petites affiches, 08 janvier 2004, n° 6, P. 15.

prix des titres est déterminé par un expert dans les conditions prévues à l'article 1843-4 du Code civil⁷²⁹. En revanche, si l'agrément est refusé après l'achèvement du processus de fusion, la situation devient délicate dans la mesure où, d'un côté, les titres ne peuvent être considérés comme transférés à la société bénéficiaire de la transmission universelle du patrimoine puisque l'agrément ne lui a pas été accordé et, d'autre côté, la société amenée à disparaître n'existe plus. Or, la société absorbée ne peut pas exercer son droit de repentir⁷³⁰ ; seul le droit d'obtenir le rachat se voit transmis à la société absorbante⁷³¹. Par ailleurs, lorsque la fusion a été effectuée en l'absence d'agrément, la sanction est sévère : la nullité du transfert ou de transmission des titres⁷³².

245. On trouve que la nullité prononcée en l'absence de demande d'agrément n'est pas juste dans la mesure où la nullité d'une fusion ne peut résulter que de la nullité de la délibération de l'une des assemblées ayant approuvé l'opération envisagée ou du défaut de déclaration de conformité⁷³³. Or, les cas de nullité de délibération des assemblées ne trouvent pas application au cas d'absence de demande d'agrément. Il convient, par ailleurs, de préciser que les clauses d'agrément ne sont pas concevables dans les sociétés dont les titres sont admis sur un marché réglementé⁷³⁴. Cette interdiction trouve son explication dans le fait que les sociétés cotées ont un caractère ouvert et que les opérations boursières ne devront pas être entravées par de telles clauses⁷³⁵.

Au total, les rédacteurs des statuts doivent être vigilants quant au champ d'application de la clause d'agrément, en l'étendant ou non aux opérations de fusion.

Lorsque l'opération de fusion est approuvée par les assemblées des sociétés parties, la

⁷²⁹ art. L. 228-24, al. 2, C. com. ; voir également A. Constantin, préc.

⁷³⁰ Voir CA Paris, 3^e ch. sec. A, 23 sep. 2008, n° 07/04849, Ixsea/ Safran, JurisData : 2008, n° 374378.

⁷³¹ A. Theimer, préc, p. 1883.

⁷³² Art. L. 228-23, al. 4, C. com., pour les SAS (art. L. 227-15, C. com.), mais il n'y a pas une règle comparable est édictée pour les SARL ou les sociétés en nom collectif. Cependant, la Cour de cassation avait, dans son arrêt rendu le 6 mai 2003, précisé que " qu'en énonçant que l'agrément du conseil d'administration de la société Laboratoires Yves Rocher aurait du être sollicité préalablement à l'opération de fusion absorption envisagée, la cour d'appel, abstraction du motif surabondant critiqué par la troisième branche, a déclaré à bon droit que la demande présentée postérieurement par la société absorbante avait été sans effet". En effet, la Haute juridiction a assimilé l'absence de demande d'agrément au refus d'agrément: P. Le Cannu et B. Dondero, Clause d'agrément et la fusion: nouvelles précisions sur les conséquences d'une nullité de la cession, RTD Com. 2008, p. 798.

⁷³³ Voir l'art. L. 235-8, al. 1^{er}, C. com.

⁷³⁴ Art. L. 228-23, al. 1^{er}, C. com.

⁷³⁵ L'AMF avait exprimé depuis longtemps son hostilité aux clauses d'agrément au sein des sociétés soumises sous son contrôle (commu. COB, Bull. mens. décembre 1971, n° 33 : JCP 1972, III, 38769) : Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc, n° 377, p. 391.

décision de l'approbation doit faire l'objet d'une publicité conformément aux dispositions requises.

2° L'existence de double mesure de publicité de la décision des associés

246. Une fois l'assemblée générale, appelée à se prononcer sur la fusion, approuve l'opération de la fusion, sa décision devra faire l'objet d'une publicité. Le législateur envisage de diverses mesures de publicité destinées à régir le processus décisionnel d'une fusion. Il s'agit aussi de mesures d'ordre général (a) relatives aux modifications statutaires et aux créations de sociétés que de mesures spécifiques (b) applicables aux fusions.

a) Les mesures classiques

247. Il convient ici de se référer aux règles applicables aux modifications statutaires et aux créations de sociétés. Pour ce faire, il faut distinguer entre le cas de la société amenée à disparaître (α) et celui de la société bénéficiaire de l'opération de la fusion (β).

α) Les mesures de publicité de la société absorbée

248. Les règles de publicité applicables aux sociétés absorbées sont celles relatives aux dissolutions de sociétés. Cependant, puisque l'opération de fusion implique la dissolution sans liquidation de la société absorbée, toutes les mentions applicables à la liquidation⁷³⁶,

⁷³⁶ Art. R. 237-2, C. com.

notamment la mention du nom du liquidateur⁷³⁷, seront exclues. En effet, la décision de la dissolution de la société absorbée doit être publiée dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social de cette société⁷³⁸. Ainsi, les mentions suivantes doivent figurer dans l'insertion : la raison sociale ou la dénomination sociale suivie de son sigle ; la forme de la société ; le montant du capital social ; l'adresse du siège social ; les numéros d'immatriculation de la société au registre du commerce⁷³⁹ et des sociétés et à l'INSEE⁷⁴⁰ ; la mention que la dissolution est consécutive à une opération de fusion. Ensuite, une insertion modificative au Registre du commerce doit être effectuée dans le délai d'un mois à partir de la réunion de l'assemblée générale ayant approuvé le projet de l'opération envisagée⁷⁴¹. Dans cet objectif, l'article R. 123-69 du Code de commerce précise que, en cas de fusion, l'inscription modificative doit indiquer que l'opération de fusion était la cause de la dissolution. Sur ce point, la jurisprudence a décidé, à plusieurs reprises, que la fusion n'est opposable aux tiers qu'à compter de sa publication au Registre du commerce et des sociétés⁷⁴².

249. Lorsque les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé, l'insertion doit également être publiée au BALO⁷⁴³. Par ailleurs, la décision d'approbation doit être déposée au greffe du tribunal de commerce du lieu du siège social de la société absorbée. Puisque la dissolution implique la radiation de la société, une insertion doit être effectuée, à la diligence du greffier, au BODACC dans les conditions prévues à l'article R. 123-159 du Code de commerce.

Les mesures de publicité ne se limitent pas à la seule société absorbée : l'approbation de la fusion par l'assemblée générale de la société absorbante doit également faire l'objet d'une publicité.

⁷³⁷ Art. R. 237-1, C. com.

⁷³⁸ Art. R. 210-9, C. com.

⁷³⁹ Lors de la publication de la dissolution de la société absorbée au RGS, la demande de mise en redressement judiciaire de celle-ci est irrecevable (CA Paris, 7 déc. 1993 : Rev. soc. 1994, p. 106, obs. Y. Chaput) : M. Chadeaux, préc, n° 223, p. 85.

⁷⁴⁰ Institut national de la statistique et des études économiques qui est chargée de la collection, de la production, de l'analyse et de la diffusion des informations sur l'économie et la société française.

⁷⁴¹ Art. R. 123-66, C. com.

⁷⁴² Cass. soc., 27 avr. 1977 : Bull. civ, V, n° 274; Cass. com., 29 juin 1993: JCP 1993, I, 288, note J.-J. Caussain et A. Viandier ; Cass. com. 23 janv. 2007 : RJDA 2007, n° 361 ; Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19222, Dr. des sociétés 2011, n° 11, comm. 189, obs. R. Mortier ; voir également B. Saintourens, Les formalités des publicités requises pour l'opposabilité aux tiers d'une dissolution par fusion-absorption, Rev. sociétés 2007, n° 3, p. 531 ; K. Mardesic, Fusion : quelle est la date d'effet de la dissolution de la société absorbée à l'égard des tiers ?, Dr. sociétés, 30 nov. 2011, disponible sur le site www.nomosparis.com.

⁷⁴³ M. Chadeaux, préc, n° 223, p. 85.

β) Les mesures de publicité de la société bénéficiaire

250. Pour la société absorbante, il suffit de suivre les règles applicables aux modifications statutaires, notamment celles concernant l'augmentation de capital. De ce fait, une insertion dans un journal d'annonces légales du lieu du siège social de cette société doit être effectuée. Si les actions de la société absorbante sont admises aux négociations sur un marché réglementé, une insertion au BALO doit éventuellement être publiée. L'insertion doit contenir les mentions suivantes : la dénomination sociale suivie de son sigle ; la forme de la société ; le montant du capital social ; l'adresse du siège social ; les numéros d'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés et à l'INSEE ; les modifications intervenues à la suite d'une fusion qui reproduisent la nouvelle mention à côté de la nouvelle. Ensuite, deux exemplaires du procès-verbal (actes modificatifs) de l'assemblée ayant ratifié le projet de fusion et les apports en nature, ainsi que deux exemplaires certifiés conformes des statuts à jour, doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce. Enfin, les modifications doivent faire l'objet d'une inscription modificative au Registre de commerce et des sociétés, ainsi que d'une insertion au BODACC à l'initiative du greffier du tribunal de commerce.

251. Lorsque la fusion est réalisée au profit d'une société nouvelle, les mesures de publicité de la constitution des sociétés doivent être respectées. Il s'agit notamment d'une insertion dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social de la nouvelle société⁷⁴⁴. Cette insertion est également reprise au BALO si la nouvelle société ferait offre au public. Les procès-verbaux des assemblées générales extraordinaires et les statuts de la nouvelle entité doivent être déposés au greffe du tribunal de commerce⁷⁴⁵. Une immatriculation au Registre du commerce et des sociétés doit être effectuée. La demande d'immatriculation doit indiquer les raisons sociales ou les dénominations, la forme juridique le siège social et les numéros d'immatriculation de toutes les sociétés participant à la fusion⁷⁴⁶. Une insertion au BODACC est naturellement requise.

Il est à noter que la fusion se distingue des autres opérations sociétaires par le fait que le

⁷⁴⁴ Art. R. 210-4, C. com.

⁷⁴⁵ M. Chadeaux, préc, n° 225, p. 86.

⁷⁴⁶ Art. R. 123-54, C. com.

législateur a organisé cette opération par des mesures de publicité autres que les mesures classiques relatives à la dissolution des sociétés.

b) Les mesures particulières de publicité

252. A coté de formalités de publicité qui viennent d'être exposées, une mesure particulière de publicité vient superposer en la matière : la déclaration de conformité. Dans cette perspective, l'article L. 236-6 du Code de commerce impose aux sociétés parties aux fusions l'établissement et le dépôt au greffe du tribunal de commerce d'une déclaration de conformité⁷⁴⁷. L'objet de cette déclaration est d'exposer tous les actes qui ont été effectués en vue de procéder à la fusion, ainsi que de déclarer que l'opération a été faite en conformité des lois et règlements en vigueur⁷⁴⁸. De plus, cette déclaration a pour conséquence d'engager la responsabilité des déclarants en cas de constatation ultérieure des irrégularités ou des omissions.

En général, la déclaration de conformité doit être faite par toutes les sociétés intervenant aux fusions, y compris les sociétés appelées à disparaître. Néanmoins, la question se pose de savoir si les sociétés participant peuvent établir une déclaration de conformité unique. A priori, le Code du commerce n'impose pas aux sociétés participant d'établir une déclaration de conformité séparée⁷⁴⁹. Cependant, la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur cette question et a donné, par suite, une réponse affirmative⁷⁵⁰. La chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt rendu le 27 mai 2008⁷⁵¹, a jugé « qu'il importe peu que les deux sociétés participantes à l'opération de fusion aient fait une déclaration commune de conformité pour en déduire que les formalités prévues à l'article L. 236-6 du Code de commerce ont été respectées ». La Cour d'appel de Paris⁷⁵² vient d'ailleurs confirmer cette solution en rappelant que ces formalités sont respectées dans la mesure où les deux sociétés

⁷⁴⁷ Art. L. 236-6, al. 3, C. com.

⁷⁴⁸ Art. L. 236-6, al. 3, C. com.

⁷⁴⁹ M.-A. Lejeune, Fusion absorption, , Dr. des affaires, Le Bulletin de Cheuvreux, juin 2011, n° 2, p. 21.

⁷⁵⁰ En ce sens, voir Lexisnexis, Formalités de publicité d'une fusion-absorption– Régularité de la déclaration de conformité et du dépôt au greffe d'une déclaration commune, Dr. des sociétés, Août 2008, n° 8, comm. 174.

⁷⁵¹ Cass. Com. 27 mai 2008 n° 07-11428, Bataillon c/ Sté CTY Limited : Bull. 2008, IV, n° 109.

⁷⁵² CA Paris, 16 nov. 2010, n° 08-16014, Bataillon c/ Lamonin, BRDA : n° 6/11.

parties à la fusion ont effectué une déclaration commune de conformité⁷⁵³.

253. La déclaration de conformité doit être signée par au moins un membre du directoire, administrateur ou gérant de chacune des sociétés ayant reçu mandat à cet effet⁷⁵⁴. Ainsi, la déclaration de conformité fait l'objet d'un dépôt avec la demande d'inscription modificative au Registre du commerce et des sociétés du siège de l'une des sociétés bénéficiaire⁷⁵⁵. Une copie devrait également être déposée au greffe du siège social de chaque société participante qui a fait l'objet d'une insertion modificative⁷⁵⁶. Enfin, le greffier doit s'assurer, sous sa responsabilité, que la déclaration est conforme aux dispositions de l'article L. 236-6 du Code de commerce⁷⁵⁷.

Lorsque les sociétés parties aux fusions ne respectent pas les procédures entourant la réalisation de la fusion, cela pourrait conduire à la nullité de l'opération.

3° La nullité des opérations de fusion

254. En raison des multiples intérêts mis en cause par les opérations de fusion, la question de la nullité de ces opérations revêt une grande importance. Le droit français de la fusion comprend des dispositions expliquant d'une manière précise les cas de nullité de la fusion et les effets résultant de cette nullité. En effet, le système juridique de nullité de fusion se caractérise par trois règles : une énumération des cas de nullité (a), une procédure à suivre pour l'action de nullité (b) et une limitation des effets de cette nullité (c).

⁷⁵³ Voir G. Guez, Déclaration commune de conformité, Rev. francophone des laboratoires (RFL), juin 2011, n° 433, p. 77.

⁷⁵⁴ Art. R. 236-4, al. 2, C. com. Pour assimilation, pour les SAS, cette signature doit être faite par le président ou dirigeant nommé à cet effet dans les statuts. Un courant doctrinal voit que, pour éviter toute difficulté en pratique, qu'il est souhaitable de nommer par avance plusieurs personnes habilitées à signer la déclaration de conformité : A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83373.

⁷⁵⁵ Art. R. 236-4, al. 1^{er}, C. com.

⁷⁵⁶ Art. R. 236-4, al. 3, C. com.; voir également M. Chadeaux, préc, n° 228, p. 87.

⁷⁵⁷ Art. L. 236-6, al. 3, C. com. : A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83373.

a) Les cas de nullité des opérations de fusion

255. Les causes de nullité des fusions ne résultent, en principe, que des dispositions prévues par la loi (α). Le non respect de ces dispositions entraîne la nullité de la fusion. En revanche, la nullité peut aussi résulter de la violation d'une règle générale du droit, comme dans le cas de l'abus de majorité (β).

α) Les nullités prévues par la loi

256. Les causes de nullité d'une fusion prévues par la loi sont au nombre de deux : la nullité de la délibération de l'une des assemblées ayant décidé de l'opération, le défaut de déclaration de conformité. A priori, aux termes de l'article L. 235-8 du Code de commerce⁷⁵⁸, la fusion ne peut être annulée qu'en cas de la nullité de la délibération de l'une des assemblées ayant décidé de l'opération. Il en découle que la nullité d'une seule assemblée des sociétés participant entraîne la nullité totale de l'opération de fusion. Or, la nullité sera encourue lorsque l'assemblée générale aura délibéré alors que le quorum n'était pas atteint ou lorsqu'une décision a été prise dans des conditions de majorité irrégulières⁷⁵⁹. Il en va de même pour les règles applicables à la forme et aux délais de convocation des assemblées générales, la violation des règles relatives à l'ordre du jour⁷⁶⁰, la violation des règles relatives au quorum et à la majorité dans l'assemblée spéciale, la violation des dispositions applicables au droit de communication des documents sociaux aux actionnaires et l'absence des commissaires à la fusion⁷⁶¹.

257. À ces règles, il s'ajoute certaines dispositions ayant pour objet la protection des titulaires d'obligations convertibles ou échangeables. En conséquence, l'opération d'une fusion peut être annulée lorsqu'une société a émis des obligations convertibles ou échangeables et que son absorption par une autre société est soumise à l'autorisation préalable

⁷⁵⁸ Art. L. 235-8, al. 1^{er}, C. com.

⁷⁵⁹ Art. 225-96, C. com. sur renvoi de l'art. L. 225-121, al. 1^{er}, C. com.

⁷⁶⁰ Art. L. 225-105, C. com.

⁷⁶¹ D. Gibirila, Transformation, fusion, scission et prorogation de la société, JCI Civ. 2010, n° 76.

de l'assemblée générale des obligataires. Il en va de même pour, même il est improbable en pratique, le dol, la violence ou l'erreur qui vicie le consentement des associés ou actionnaires. Dans l'affaire Marta et Hachette, la Cour de cassation⁷⁶² n'a pas répondu à une demande en annulation d'une fusion absorption pour dol en estimant que le silence du président du conseil d'administration de la société absorbante à propos d'un contrat couvert par « le secret défense » n'était pas constitutif d'un dol⁷⁶³. En plus, les actionnaires minoritaires n'avaient pas rapporté la preuve qui aurait pu établir l'existence d'un vice de consentement⁷⁶⁴.

258. Quant à la déclaration de conformité, cette dernière est une procédure essentielle du processus des opérations de fusion dont la nullité n'est attachée qu'au défaut de dépôt de cette déclaration. Le Code de commerce n'applique cette sanction qu'à la déclaration spécifique aux fusions⁷⁶⁵. Toutefois, la nullité ne vise que le défaut de déclaration de conformité et ne peut pas s'étendre aux irrégularités éventuelles contenues dans la déclaration⁷⁶⁶. En effet, la seule responsabilité des signataires de cette déclaration serait engagée.

Néanmoins, la nullité d'une fusion ne résulte pas uniquement de ces deux causes susmentionnées. Cette nullité trouve aussi son fondement sur le terrain de l'abus de majorité.

β) La nullité de l'opération pour abus de majorité

259. Traditionnellement, l'opération de fusion peut être annulée pour abus de majorité. Cette règle n'est pas précisément définie par l'alinéa 1^{er} de l'article 235-8 du Code de commerce qui a énuméré limitativement les cas de nullité d'une opération de fusion. Mais cette énumération n'empêche pas les tribunaux de décider la nullité d'une délibération ou d'un acte qui est considéré comme abusif. Cette solution se justifie par le fait que l'abus commis par la majorité empêche la volonté sociale de se former, la nullité découlant alors de

⁷⁶² Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-13891 : Bull. 1998, IV, n° 178, p. 146 ; Dr. sociétés 1998, n° 142, note D. Vidal.

⁷⁶³ A. C. Annulation d'un projet de fusion pour dol : cas particulier de l'affaire Marta Hachette, Bull. Joly Sociétés, 1998, n° 9, p. 921.

⁷⁶⁴ I. Grossi, Vices du consentement et opérations sociétaires, Rev. Lamy Dr. des Aff. 1999, n° 12.

⁷⁶⁵ Cette sanction s'applique également aux opérations de scission (art. L. 235-8, al. 1^{er} et L. 236-6, al. 3, C. com.).

⁷⁶⁶ M. Chadeaux, préc. n° 282, p. 90.

la violation d'un principe général du droit des contrats, soit de la règle selon laquelle la nullité est la sanction du détournement de pouvoir⁷⁶⁷.

260. L'abus de majorité est donc susceptible de permettre le prononcé de la nullité de la fusion. La Cour de cassation a précisé les conditions selon lesquelles une décision peut être annulée pour abus de majorité en jugeant que « la décision de l'assemblée générale d'une société anonyme ne saurait être annulée pour abus de majorité que s'il est établi qu'elle a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité »⁷⁶⁸. Il en résulte qu'il appartient à la victime de l'abus de démontrer, d'une part, que la décision a été prise contrairement à l'intérêt social de la société et, d'autre part, que cette décision a créé une rupture d'égalité entre les actionnaires de la société intéressée. De plus, il a été jugé que lorsque la Cour d'appel a constaté que l'actionnaire n'a pas rapporté la preuve que l'apport-fusion du patrimoine d'une société d'investissement à une société anonyme résulte d'une délibération prise dans le but de favoriser l'actionnaire majoritaire, cette dernière, au détriment de la minorité, elle a justifié sa décision en rejetant la demande en nullité de la fusion pour abus de majorité⁷⁶⁹. Ainsi, dans un arrêt rendu en 2007 par la Cour d'appel de Rennes⁷⁷⁰ a décidé que la demande de l'actionnaire est mal fondée et réputée donc non recevable car celui-ci n'a pas justifié l'abus de majorité allégué et restait taisant sur l'existence d'une rupture d'égalité entre actionnaires et d'une violation d'intérêt général de la société⁷⁷¹.

261. D'ailleurs, le simple fait que la société apporteuse de patrimoine disparaisse suite à la fusion n'est pas suffisant pour démontrer que l'opération projetée est contraire à l'intérêt social de l'absorbée⁷⁷². Dans ce sens, la Cour d'appel de Paris⁷⁷³ a estimé que « la contrariété à l'intérêt social ne saurait résider uniquement dans le fait qu'elle (la société absorbée) a

⁷⁶⁷ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 953, p. 407. La chambre criminelle de la Cour suprême n'a pas hésité à prononcer le délit d'abus de pouvoirs à l'égard d'un dirigeant d'une société participant à une fusion. Elle précise que « le prévenu a usé de ses pouvoirs de président du conseil d'administration pour organiser une fusion-absorption contraire à l'intérêt de la société et avantageuse pour lui-même et d'autres sociétés dans lesquelles il était intéressé directement ou indirectement » : Cass. crim., 10 juil. 1995, n° 94-82665, Bull. crim. 1995, n° 253, p. 703 ; Rev. sociétés 1996, p. 312, obs. B. Bouloc ; voir également B. Dondero, Quand l'abus de pouvoir chasse l'abus de biens sociaux, Bull. Joly Sociétés, juil. 2011, n° 7, p. 579 ; H. Le Nabasque, La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs : RJDA 1996, p. 432.

⁷⁶⁸ Cass. com., 18 avr. 1961 : Bull. civ., III, n° 175.

⁷⁶⁹ Cass. com., 7 juil. 1980, Rev. sociétés 1981, 315, note J. H.

⁷⁷⁰ CA Rennes, 2^e ch., 19 juin 2007, n° 04/06898, Mazureau c/ SAS Charal.

⁷⁷¹ J. Monnet, Fusion absorption d'une SARL par une SAS, Dr. des sociétés, avr. 2008, n° 4, comm. 80.

⁷⁷² M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, préc, n° 1481, p. 730.

⁷⁷³ CA Paris, 3^e ch. sect. B, 26 mars 2009, n° 07/04287, C. et a. c/ SA Cofradim et a.

disparu dans la fusion ». Dans cette affaire, la Cour d'appel précise que « l'abus de majorité n'est constitué que si la décision est contraire à l'intérêt social », alors que les actionnaires n'avaient pas démontré que la fusion était contraire à l'intérêt social de la société absorbée⁷⁷⁴. En l'absence de preuve de cette contrariété, les actionnaires sont mal fondés à demander l'annulation de la fusion pour abus de majorité⁷⁷⁵.

Pour demander l'annulation d'une fusion, l'action en nullité doit être exercée dans une période précise par le législateur. Elle est donc limitée dans le temps. A défaut, cette demande sera irrecevable.

b) L'action en nullité de la fusion

262. L'article L. 235-8 du Code de commerce a apporté deux précisions importantes en ce qui concerne l'action en nullité de l'opération de fusion. Il convient, en effet, d'envisager les dispositions relatives à la régularisation du vice qui affecte l'opération envisagée (α) et celles relatives à la prescription cette action (β).

α) La régularisation de l'opération de fusion

263. La loi sur les sociétés commerciales permet aux sociétés parties de réparer l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité de fusion. Aux termes de l'article L. 235-8 du Code de commerce, il est possible de régulariser les vices affectant l'opération de fusion. Ce texte précise que lorsqu'il y a une possibilité de porter remède à l'irrégularité susceptible d'entraîner la nullité, le tribunal saisi de l'action en nullité d'une fusion accorde aux sociétés en cause un délai afin de régulariser la situation⁷⁷⁶.

D'après la rédaction de ce texte, on remarque, en premier lieu, que les hypothèses dans lesquelles la régularisation est possible sont envisagées d'une manière très large. La

⁷⁷⁴ Dans le même sens, voir aussi CA Rouen, 6 juil. 2004, n° 02-3307 : RJDA 2/05, n° 146 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc., n° 84210.

⁷⁷⁵ A. Couret, L'abus de majorité dans ses divers états, *Bull. Joly Sociétés*, sep. 2009, n° 9, P. 741.

⁷⁷⁶ M. Chadeaux, préc., n° 286, p. 91.

régularisation peut être admise lorsqu'il est possible de purger le vice affectant la délibération de l'assemblée ou en cas d'omission de dépôt de la déclaration de conformité. Mais, il y a un seul cas où la nullité ne peut être régularisée : lorsque la décision de l'assemblée générale est fondée sur l'abus de majorité⁷⁷⁷. Ensuite, en deuxième lieu, le texte a utilisé la formule « le tribunal accorde », ce qui signifie que le tribunal, lorsqu'il apprécie que la régularisation soit possible, doit accorder à la société en cause un délai pour la régularisation soit opérée⁷⁷⁸. On en déduit que le législateur a imposé aux tribunaux d'accorder un délai de régularisation afin de limiter les cas dans lesquels la nullité de l'opération sera prononcée⁷⁷⁹. Cependant, en ce qui concerne le délai de régularisation, le texte n'a rien précisé et a laissé donc cette faculté à l'appréciation du juge du fond⁷⁸⁰. A défaut de texte, ce dernier a la possibilité d'accorder un délai qui lui ressemble raisonnable, pour régulariser le vice affectant la validité de la fusion, compte tenu de la nature du vice en cause⁷⁸¹. Cette régularisation doit donc intervenir avant tout jugement sur le fond⁷⁸².

En l'absence de toute régularité, la demande de nullité de fusion doit être effectuée avant qu'elle soit prescrite.

β) La prescription de l'action en nullité

264. En principe, selon l'article L. 235-9, alinéa 1 du Code de commerce, l'action en nullité des actes et délibérations de sociétés se prescrit par trois ans à compter du jour où la nullité est encourue. Toutefois, la loi sur les sociétés commerciales déroge à ce délai en cas d'une opération de fusion⁷⁸³. L'article L. 235-9, alinéa 2 du même Code de commerce précise que l'action en nullité se prescrit dans un délai de six mois à compter de la date de la dernière inscription au registre de commerce et des sociétés rendue nécessaire par l'opération de fusion⁷⁸⁴. Dans l'affaire Mazureau et Charal, la Cour d'appel de Rennes⁷⁸⁵ a constaté que

⁷⁷⁷ M. Jeantin, Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés, La semaine Juridique Entreprise et Affaires, avr. 1988, n° 17, 15169.

⁷⁷⁸ D. Gibrila, préc, n° 77.

⁷⁷⁹ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 956, p. 409.

⁷⁸⁰ A. Bonnasse et N. Jüllich, Fusions-scission.- Effets. Actions en contestation, JCI Sociétés Traité, 2007, n° 218.

⁷⁸¹ H. Huguet, SNC.- Fusion par absorption.- Commentaires, JCI Sociétés Formulaire, 2001, n° 117.

⁷⁸² P. Le Cannu et B. Dondero, préc, n° 1632, p. 1019.

⁷⁸³ D. Gibrila, préc, n° 77.

⁷⁸⁴ Cette brève prescription trouve aussi application dans le cadre d'apport partiel d'actif lorsque les parties décident de le placer sous le régime de scission : Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18707 : Bull. civ, 2003, IV, n° 92 ;

l'actionnaire, demandeur de la nullité du traité de fusion, a entendu détourner les règles de la prescription. Elle a précisé que « la dernière inscription au registre du commerce et des sociétés avait eu lieu le 25 février 2002, Monsieur Mazureau agissait au-delà du délai de six mois qui lui était imparti et était forclos. La demande de nullité du traité de fusion est ainsi prescrite »⁷⁸⁶. Cette prescription abrégée peut faire l'objet d'interruption ou de suspension⁷⁸⁷.

Dans le cas où la nullité est prononcée par le juge, cette décision produit des conséquences sur les droits et obligations des sociétés parties à la fusion.

c) Les effets de la nullité de l'opération de fusion

265. Lorsque la nullité de l'opération de fusion est prononcée, celle-ci ne doit pas porter atteinte aux droits des créanciers sociaux et des tiers. En effet, la loi sur les sociétés commerciales a mis en place deux séries de dispositions : la première est relative à la publicité de la décision, alors que la deuxième concerne le sort des obligations nées à la suite de la fusion. Quant à la forme, en application de l'article L. 235-11, du Code de commerce⁷⁸⁸, lorsqu'une décision judiciaire prononçant la nullité de l'opération de fusion devient définitive, celle-ci doit faire l'objet d'une publicité. Les modalités selon lesquelles cette publication s'effectue sont fixées par décret en Conseil d'Etat⁷⁸⁹.

266. Quant au sort des obligations nées de l'opération de fusion, le Code de commerce fait une distinction entre deux cas. Le premier concernant le maintien des droits et obligations nés au profit ou à la charge des sociétés bénéficiaires de l'opération de fusion entre la date à laquelle prend effet l'opération et celle de la publication de la décision qui prononce la nullité. Le second cas relatif aux obligations nées à la charge de chacune des sociétés bénéficiaires de l'opération de fusion.

B. Saintourens, L'action en nullité d'une décision d'apport partiel d'actif est soumise au délai de prescription abrégé applicable aux fusions et scissions, *Bulletin Joly Sociétés*, 2003, n° 8-9, P. 933 ; Lamyline, Apport partiel d'actifs – Régime des fusions et des scissions – Action en nullité – Prescription, *Dr. et patr.* 2003, n° 120 ; Cass. com., 30 nov. 2004 : JCP E 2005, p. 124, note J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker.

⁷⁸⁵ CA Rennes, 19 juin 2007, préc.

⁷⁸⁶ En ce sens, voir également T. com. Paris, 2^e ch., 9 avr. 1991 : BRDA 14/1991, p. 19.

⁷⁸⁷ Art. 2242, C. civ.

⁷⁸⁸ Art. 235-11, al. 1^{er}, C. com.

⁷⁸⁹ M. Chadeaux, préc, n° 287, p. 92.

Le principe posé à l'alinéa 2 de l'article 235-11 est que la nullité d'une fusion n'a aucun effet sur les droits et obligations nés au profit ou à la charge des sociétés bénéficiaires lorsque ceux-ci sont nés pendant le période écoulant entre la prise d'effet de la fusion et la date de la publication de la décision prononçant la nullité⁷⁹⁰. Autrement dit, les droits et obligations nés de la fusion annulée sont maintenus et la décision de la nullité n'a pas donc un effet rétroactif⁷⁹¹. L'explication de cette solution est trouvée dans l'idée que les créanciers sociaux qui contractent, pendant cette période, avec l'une des sociétés bénéficiaires de la fusion annulée doivent être protégés.

267. S'agissant des seules obligations nées à la charge de la société nouvelle ou de la société absorbante, ces obligations subsistent et, en conséquence, toutes les sociétés parties à l'opération sont solidairement responsables de l'exécution de celles-ci⁷⁹². En d'autres termes, dans le cas de la fusion-absorption, la société absorbante et absorbée sont solidairement responsables des dettes pesant sur la charge de la société absorbante entre la date d'effet de la fusion et la date à laquelle la décision prononçant la nullité a été publiée. Lorsque la fusion est réalisée au profit de la société nouvelle, les dettes nées à la charge de cette société subsistent et la responsabilité afférente à ces dettes pèse solidairement sur toutes les sociétés qui voulaient transmettre leur patrimoine à la société nouvelle.

268. Conclusion de la section I. Faisant un exemple de structuration du droit français, les mesures envisagées pour l'établissement du projet de fusion sont clairement énoncées par le Code de commerce. La contribution des directives européennes en la matière a également fait un exemple de cohérence entre le droit européen et le droit français. Mais il est regrettable que certaines dispositions sont réservées aux SA et aux SARL et ne sont pas ouvertes aux fusions opérées entre ces sociétés et des sociétés de forme différente. L'intervention du commissaire à la fusion dans ces opérations nous paraît nécessaire dans la mesure où elle a pour conséquence de protéger les intérêts des minoritaires et d'éviter toute contestation potentielle des évaluations des apports.

⁷⁹⁰ Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc, n° 819, p. 922.

⁷⁹¹ M. Petot-Fontaine, Fusions et scissions. – Apport partiel d'actif, JCI sociétés traité 2012, n° 97.

⁷⁹² Art. 235-11, al. 3, C. com. Cette solution va de même en cas de scission : la société scindée et les sociétés bénéficiaires de la scission sont solidairement responsables de toutes les obligations nées à la charge de celles-ci. Chacune des sociétés auxquelles le patrimoine est transmis répond des obligations nées à sa charge entre la date de prise d'effet de la scission et celle de la publicité de la décision ayant prononcée la nullité (art. 235-11, al. 3, C. com.).

Cette structuration vaut également pour l'approbation du projet de fusion par les associés des sociétés intervenantes à l'opération. Prévoir des mesures particulières de publicité à la décision approuvant la fusion revêt à cette opération une spécificité par rapport aux autres opérations sociétaires. Les sociétés parties à la fusion doivent déposer au greffe du tribunal de commerce une déclaration de conformité.

En revanche, les conditions de forme de la fusion sont moins présentes en droit syrien parce que le législateur syrien n'a pas envisagé des règles propres à cette étape de fusion. En effet, le droit syrien subit toujours des lacunes législatives en la matière dans le sens qu'il renvoie les parties aux principes de droit commun.

Section II. L'imprécision du droit syrien

269. Comme en droit français, les conditions de forme d'une opération de fusion passent par deux étapes : la première relative à l'établissement du traité de fusion (§I), alors que la deuxième concernant l'approbation de la fusion par l'assemblée générale des associés des sociétés en cause (§II). Il est, en effet, nécessaire d'envisager ces procédures l'une après l'autre.

§I. L'établissement du traité de fusion : procédures manquant de la précision

270. L'établissement du traité de fusion est soumis à deux procédures. En premier lieu, le législateur a envisagé des procédures devant être suivies pour établir le traité de fusion (A), ensuite, en second lieu, la réalisation de la fusion est subordonnée à un contrôle exercé par des personnes habilitées du traité de fusion (B).

A. Le processus envisagé pour la constitution du traité de fusion

271. Dans cette phase de fusion, le droit syrien souffre de lacunes dans la mesure où le législateur n'apporte pas des dispositions régissant le processus nécessaire pour établir le traité de fusion. Néanmoins, on peut recourir aux instructions exécutives du droit de fusion en vue d'examiner la méthode envisagée pour l'établissement du traité de fusion (1°) et la publicité de ce dernier (2°).

1° La méthode d'établissement

272. Au contraire du droit français, l'obligation d'établir un traité de fusion ne résulte pas de dispositions du Code des sociétés commerciales, mais des instructions expliquant les dispositions du droit de fusion. L'élaboration du traité de fusion est donc obligatoire par l'effet des instructions du Ministère des finances du 31 décembre 2007⁷⁹³. Or, cette exigence nous conduit à examiner le contenu du traité (a) avant d'étudier sa forme (b).

a) Contenu imparfait du traité de fusion

273. Le Code des sociétés commerciales n'a rien prévu à propos du contenu du projet de fusion. Toutefois, la circulaire du Ministère des finances a mis en place le 31 décembre 2007 des instructions permettant d'expliquer les dispositions de l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007 relative à la réévaluation des actifs d'une société⁷⁹⁴. Selon les instructions de cette circulaire, les sociétés participant aux opérations de fusion doivent insérer dans le projet de fusion les informations suivantes : la forme, la dénomination et le siège social des sociétés intéressées, le capital de chacune des sociétés en cause, le capital de la société absorbante ou nouvelle après avoir mis en œuvre l'opération de fusion⁷⁹⁵.

Dans cette optique, l'article 220 du Code des sociétés commerciales précise, d'une façon indirecte, que le projet de fusion doit contenir les conditions de la fusion, ainsi que la méthode poursuivie pour la distribution du capital au sein de la société absorbante ou la société nouvelle issue du fait de la fusion⁷⁹⁶. En outre, la 10^e instruction de circulaire du Ministère des finances a expliqué que les sociétés désirant fusionner doivent, selon les dispositions de l'article 10 de l'ordonnance n° 61 du 2007, déposer auprès de la direction du commerce

⁷⁹³ Voir les instructions du Ministère des finances du 31 décembre 2007 qui expliquent l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007, disponible sur le site www.syriantax.gov.sy.

⁷⁹⁴ Cette ordonnance a été prolongée par l'ordonnance n° 13 du 19 janvier 2011.

⁷⁹⁵ Instruction n° 2, paragraphe a.

⁷⁹⁶ L'alinéa 2 et 3 de l'article 220 du Code des sociétés commerciales prévoient que « la société absorbante et absorbée doivent prendre une décision, par l'organe qui a la pouvoir de modifier le contrat ou les statuts de la société, approuvant le traité de fusion qui avait indiqué les conditions de la fusion ainsi que la méthode choisie en la distribution du capital de la société absorbante ou bénéficiaire de l'opération de fusion ».

intérieur, située au sein du Ministère de l'économie, une demande expliquant les motifs de la fusion.

274. Il en résulte que le législateur a imposé aux sociétés intéressées aux opérations de fusion d'indiquer dans le traité de fusion les conditions et les motifs de la fusion. Toutefois, il n'a pas expressément prévu, comme le législateur français et égyptien⁷⁹⁷, que le projet de fusion doit contenir les buts de la fusion, les dates auxquelles sont arrêtés les comptes des sociétés en cause utilisés pour établir les conditions de l'opération ainsi que les modalités de détermination des droits des associés et actionnaires après avoir effectué la fusion⁷⁹⁸. On en déduit, à notre avis, qu'en dépit du fait que le législateur n'ait pas mentionné ces indications, il faut les citer dans le projet de fusion dans le but de garder l'équilibre économique et juridique de l'opération de fusion.

A coté de ces indications, le traité de fusion doit revêtir une forme juridique le rendant opposable aux tiers.

b) La forme du traité de fusion

275. Puisque la loi sur les sociétés commerciales ne précise pas la forme sous laquelle le traité de fusion doit être rédigé, il convient de se référer aux instructions opérationnelles du Ministère des finances. En application de ces instructions, les intéressés (les sociétés en présence) ou leurs mandataires doivent présenter à la direction du commerce intérieur ou au greffe du registre de commerce, selon la compétence, une demande signée par eux-mêmes ou par leurs mandataires devant un notaire ou le conservateur du registre de commerce⁷⁹⁹. Les actes rectifiés par ces derniers sont des actes authentiques⁸⁰⁰, puisque ceux-ci sont des officiers publics nommés par l'Etat. Ainsi, la demande (le projet de fusion) doit être signée par les intéressés ou leurs mandataires. C'est-à-dire que le projet doit être signé par les

⁷⁹⁷ Art. 289 du règlement d'exécution du Code des sociétés égyptien n° 159 du 1981.

⁷⁹⁸ Dans ce sens, voir l'article 289 du règlement d'exécution du Code des sociétés égyptien n° 159 du 17 septembre 1981. Voir également voir S. Alkalyoubi, préc, n° 81, p. 188 et s. ; H. Almasry, préc, n° 98, p. 165 ; H. Alsagheer, préc, p. 258 et s.

⁷⁹⁹ L'instruction n° 8 de circulaire du 31 décembre 2007.

⁸⁰⁰ Voir l'article 7-7 du code des sociétés commerciales et l'article 30 du Code des notaires n° 54 du 1959.

représentants des sociétés en cause, par les gérants dans les sociétés de personnes⁸⁰¹ ou le président du conseil d'administration dans les sociétés de capitaux⁸⁰² ; à défaut, par le vice-président⁸⁰³ ou un des membres du conseil d'administration⁸⁰⁴.

Une fois le traité de fusion établi, il doit faire l'objet d'une publicité selon les dispositions prévues à cet effet.

2° Publicité insuffisante du traité de fusion

276. L'article 221 du Code des sociétés commerciales oblige la société absorbante ou nouvellement créée à publier le traité de fusion avec une liste des créanciers dans deux journaux selon le rapport des commissaires aux comptes⁸⁰⁵. Cet article ajoute que le Ministère de l'économie et du commerce a la possibilité de ne rectifier les statuts de la société absorbante ou la société nouvelle qu'après avoir vérifié la publicité de la fusion⁸⁰⁶. Ainsi, la circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007 explique dans sa deuxième instruction que le traité de fusion doit être publié dans la liste des affiches au sein de la chambre de commerce et d'industrie où se trouve le siège social des sociétés en cause⁸⁰⁷. Cette publication doit contenir les indications suivantes : la dénomination sociale des sociétés participant, leur forme, leur siège social, leur montant du capital et une liste des créanciers avec le montant de leur dette. A défaut, la demande de fusion sera irrecevable⁸⁰⁸.

Par voie de conséquence, on constate que le droit français est plus structuré que le droit syrien quant aux indications faisant l'objet d'une publicité. Autrement dit, certaines indications sont négligées par le droit syrien notamment la publication du rapport d'échange et l'évaluation de l'actif et du passif de la société amenée à disparaître. Mais, ces lacunes législatives du droit syrien n'empêchent pas, à notre avis, de publier ces indications dans le but de protéger les droits des associés et créanciers des sociétés en cause.

⁸⁰¹ Sur ce point, voir l'article 34-5, C. soc.

⁸⁰² Voir l'article 148-1, C. soc.

⁸⁰³ L'article 148-3, C. soc.

⁸⁰⁴ Art. 146-3, C. soc.

⁸⁰⁵ Art. 221-1, C. soc.

⁸⁰⁶ Art. 221-2, C. soc.

⁸⁰⁷ Instruction n° 2-A, 6 de la circulaire du 31 déc. 2007.

⁸⁰⁸ Instruction n° 2-A, 6 de la circulaire du 31 déc. 2007.

Par ailleurs, afin que les associés des sociétés en cause puissent se prononcer sur l'opération de fusion, il est indispensable de soumettre la fusion au contrôle d'experts indépendants.

B. Le contrôle du traité de fusion

277. Comme le droit français, le droit syrien soumet aussi le traité de fusion à un contrôle exercé par des personnes spécialisées. Toutefois, ce contrôle est majoritairement exercé par des établissements publics (1°). Ainsi, le législateur syrien a soumis toutes les sociétés parties aux fusions au contrôle sans envisager des exceptions (2°), comme l'a fait le législateur français.

1° Un contrôle majoritairement étatique

278. Le législateur syrien est plus exigeant que le législateur français en matière de contrôle d'une opération de fusion. Le contrôle de la fusion passe par plusieurs étapes (a), ce qui conduit à prolonger le processus de l'opération. En effet, il faut envisager des solutions permettant d'accélérer cette phase de fusion (b).

a) Un contrôle de trois niveaux

279. Contrairement au droit français, le droit syrien n'a rien prévu à propos de la désignation des commissaires à la fusion et des missions accordées à ces derniers. Il a seulement précisé que le traité de fusion doit être publié selon le rapport du commissaire aux comptes lorsque l'opération projetée conduit à la transformation de la forme juridique de la société absorbante ou la société issue de la fusion⁸⁰⁹. Néanmoins, la 10^e instruction de la

⁸⁰⁹ Voir l'article 221-1, C. soc.

circulaire du 31 décembre 2007, qui envisage les formes de sociétés qui peuvent faire l'objet de la fusion, explique que les sociétés intéressées doivent présenter à la direction du commerce intérieur un rapport établi par un organisme syrien de comptabilité expérimenté ou par une société internationale de comptabilité enregistrée auprès du Ministère de commerce et d'économie. Il nous apparaît que la circulaire du Ministère des finances veut souligner que, puisqu'il n'y a pas des commissaires aux comptes dans les sociétés de personnes, il a envisagé d'une façon générale, pour toutes les formes des sociétés commerciales, l'établissement d'un rapport donnant une appréciation effective et réelle quant aux actifs des sociétés en cause. Dans les deux cas, le rapport établi par un commissaire aux comptes ou par une société de comptabilité est contrôlé par la direction du commerce intérieur au sein de laquelle le rapport doit être déposé. Ensuite, le ministre du commerce et de l'économie prend une décision en rectifiant la fusion.

Il en résulte que l'opération de fusion fait, en droit syrien, l'objet d'un contrôle de trois niveaux. Le premier est confié au commissaire aux comptes qui peut demander aux sociétés intéressées de lui présenter les informations et les documents nécessaires lui permettant d'établir son rapport⁸¹⁰. Le deuxième contrôle est confié à la direction du commerce intérieur situé au sein du Ministère du commerce et d'économie. Celle-ci vérifie les documents exigés pour l'opération de fusion et transmet, en dernier lieu, le traité de fusion au Ministre du commerce et de l'économie. Ce dernier est toujours habilité, ou une personne qu'il nomme, à rectifier l'opération projetée⁸¹¹.

En conséquence, l'insuffisance législative en matière de contrôle de fusion nous pousse à proposer certaines solutions.

⁸¹⁰ Sur cette question, voir l'article 188-1 du Code des sociétés commerciales qui prévoit que le rapport du commissaire aux comptes doit contenir toutes les informations et les documents nécessaires lui permettant d'effectuer les missions qui lui est confiée.

⁸¹¹ En ce sens, voir l'instruction n° 10 de circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007.

b) Les solutions proposées

280. Le législateur syrien n'envisage pas des règles particulières destinées à contrôler les opérations de fusion. Il n'a pas mis en place des règles, comme l'a fait le législateur français, permettant aux personnes chargées du contrôle de suivre les principes nécessaires pour exercer ce contrôle. Le droit syrien de fusion a seulement posé un principe général selon lequel l'établissement du rapport du traité de fusion se fait par un organisme de comptabilité syrienne expérimentée ou une société de comptabilité internationale enregistrée auprès du Ministère de commerce et d'économie.

De ce fait, on peut proposer certaines solutions qui peuvent servir au législateur syrien lorsqu'il envisage dans l'avenir adopter des règles plus appropriées en matière de contrôle des opérations de fusion. En premier lieu, le contrôle des fusions doit être confié à un ou plusieurs commissaires à la fusion expérimentés dans ce domaine. En le faisant, les sociétés parties aux fusions peuvent éviter des frais supplémentaires dans la mesure où le recours à des sociétés de comptabilité exige ce genre de frais. Ensuite, en deuxième lieu, afin d'accélérer le processus de fusion, il vaut mieux que le rapport établi par les sociétés de comptabilité soit déposé au siège social des sociétés en cause, pas au sein de la direction du commerce intérieur, pour permettre aux associés d'approuver l'opération envisagée en toute connaissance de cause. En dernier lieu, la loi sur les sociétés commerciales devrait, comme dans le droit français, instaurer des dispositions particulières quant aux missions des commissaires à la fusion. L'adoption de telles dispositions permet de protéger les intérêts des minoritaires et d'éviter toute contestation éventuelle sur le rapport d'échange.

En revanche, contrairement au droit français, le droit syrien de fusion n'apporte pas de tempéraments quant à l'intervention des commissaires à la fusion aux opérations de fusion.

2° Absence des tempéraments comme le cas du droit français

281. Nous avons vu que le droit français avait apporté des tempéraments lorsque les fusions impliquent des sociétés détenues totalement ou quasi total par des sociétés mères. Ces exceptions concernent les filiales détenues à 100 % ou 90 % par les sociétés mères. Dans cet objectif, le droit français de fusion envisage des procédures simplifiées pour ce genre d'opérations. Cela revient à dire que lorsque la société qui disparaît est une filiale détenue à 100 % par la société absorbante, il n'est pas nécessaire ni de nommer un ou plusieurs commissaires à la fusion ni d'établir un rapport par la ou les personnes chargées par les sociétés absorbées.

En clair, dans le cadre d'absorption d'une filiale à 100 %, il n'y a lieu en principe ni de désigner un commissaire à la fusion ni d'un commissaire aux comptes. Donc, seule l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante se prononce sur la fusion.

282. En revanche, on trouve que le droit syrien de fusion n'a pas abordé ce sujet. Mais, dans le silence de la loi et en application de la règle « *tout ce qui n'est pas interdit est permis* ». On pense qu'il est possible d'adopter le dispositif français qui permet d'écarter la désignation d'un commissaire à la fusion dès lors que la société absorbée est une filiale détenue à 100 % par la société absorbante. Cette solution trouve son explication dans le fait que l'absorption d'une filiale à 100 % ne donne pas lieu à l'émission de titres par la société absorbante. L'unique associé de la société amenée à disparaître étant la société absorbante, l'opération de fusion ne donne pas donc lieu à échange de titres. Dès lors, dans la mesure où il n'y a pas d'émission de nouveaux titres, il n'y a pas lieu de déterminer de parité d'échange ni de la contrôler.

Lorsque les personnes chargées établissent le traité de fusion, l'opération doit être approuvée par les assemblées générales des associés des sociétés parties à la fusion.

§II. L'approbation par les assemblées générales du traité de fusion

283. La réalisation d'une fusion suppose logiquement une décision des associés des sociétés en présence. Dès que la fusion conduit à l'augmentation du capital de la société absorbante, la décision des associés devrait être prise dans les conditions prévues pour la modification des statuts des sociétés concernées. Cette décision doit être prise selon des modalités prévues à cet effet et qui doivent être respectées (A.). A défaut, l'opération de fusion sera entachée de nullité (B.).

A. Les modalités de l'approbation de la fusion par les associés

284. Puisque la fusion a pour effet d'augmenter le capital de la société bénéficiaire de l'opération, la fusion doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire des sociétés en cause (1°). Cependant, l'existence des actions de catégories particulières exige l'approbation de la fusion par les assemblées spéciales réunissant les titulaires de chaque catégorie d'actions (2°). Lorsque l'assemblée générale approuve la fusion, cette décision doit être publiée selon les mesures prévues à cet effet (3°).

1° La délibération des assemblées générales des associés

285. La fusion ne peut pas avoir le jour sans une décision des associés des sociétés parties approuvant l'opération envisagée⁸¹². Etant donné que la fusion a pour conséquence de modifier les statuts des sociétés concernées, l'opération doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de ces sociétés⁸¹³. L'article 220 du Code des sociétés apporte un principe applicable aux sociétés impliquant dans une fusion. Selon ce principe, la fusion doit

⁸¹² A. Alma'amory, préc, p. 481.

⁸¹³ Voir M.-S. Ariani, préc, p. 144.

être décidée dans les conditions prévues pour la modification des statuts des sociétés intéressées. La modification des statuts d'une société relève donc du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire. Ce texte s'applique autant à la société amenée à disparaître⁸¹⁴ qu'à la société bénéficiaire de l'opération de fusion⁸¹⁵.

Afin que la décision de l'assemblée approuvant la fusion soit valide, des conditions de procédures prévues par la loi doivent être respectées. Ces conditions concernent le quorum et la majorité exigés pour la modification des statuts⁸¹⁶. En effet, il faut distinguer entre la fusion des sociétés de personnes et celle des sociétés de capitaux.

286. Quant aux sociétés de personnes, le législateur pose une règle générale imposée tant aux sociétés en nom collectif qu'aux sociétés en commandite simple. Selon cette règle, les décisions prises par les associés doivent représenter plus de la moitié du capital de la société intéressée⁸¹⁷. En d'autres termes, les décisions des associés ne sont valables que ceux-ci représentent 51 % du capital de la société concernée. Cependant, les décisions concernant la fusion de ces sociétés échappent à cette règle. L'article 35-4 du Code des sociétés précise que les décisions relatives à la fusion d'une société en nom collectif ne sont valables qu'avec l'unanimité de ces associés⁸¹⁸. Il ajoute que les associés doivent rédiger un contrat spécial, séparé du contrat de la société, signé par ceux-ci, sur l'opération projetée⁸¹⁹. Cela revient à dire que lorsqu'une SNC se fait absorber par une autre société, la fusion-absorption doit être approuvée par tous les associés de la société absorbée.

En tout état de cause, on pense que le législateur avait raison en imposant la règle de l'unanimité dès qu'une société de personnes fait l'objet d'une fusion. Cette solution est justifiée par le fait que ce type de sociétés est basé sur l'intuitu personae lors de la constitution de la société. Celui-ci doit être maintenu pendant sa vie et jusqu'à sa disparition. Ainsi, les modifications apportées au contrat d'une société de personnes nécessitent, conformément aux principes généraux, l'unanimité des associés. La fusion en fait illustration dans le fait qu'elle conduit à la modification des statuts de la société en cause.

⁸¹⁴ Art. 220-2, C. soc.

⁸¹⁵ Art. 220-3, C. soc.

⁸¹⁶ M. Alchawabkeh, Les effets de fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, université Ein Shams, Egypte, 2009, p. 99.

⁸¹⁷ Pour les SNC, voir l'article 35-3 du Code des sociétés, pour les sociétés en commandite simple, voir l'article 49-2 du même Code.

⁸¹⁸ En ce sens, voir H. Faraoun, préc, n° 344, p. 237.

⁸¹⁹ Sur la fusion des sociétés en commandite simple, voir l'article 49-3 du Code des sociétés.

287. S'agissant de sociétés de capitaux, il faut distinguer les sociétés à responsabilité limitée des sociétés anonymes. Lorsque la société absorbante ou absorbée est une SARL, l'opération de la fusion doit être approuvée par l'assemblée générale de la société en cause. Le quorum est atteint lorsque les associés représentent au moins la moitié du capital de la SARL⁸²⁰. A défaut, 50 % des parts sociales doivent être représentées à la deuxième convocation⁸²¹. En ce qui concerne la majorité, l'article 74 du Code des sociétés commerciales prévoit que les décisions relatives aux opérations de fusion doivent être prises à la majorité des trois quarts des parts sociales représentées à la réunion, à la condition que ces parts ne soient pas inférieures à la moitié du capital. Le quorum est donc atteint lorsque les associés présents à la séance représentent au moins la moitié du capital de la société concernée⁸²².

288. En revanche, lorsqu'une société anonyme fait l'objet de la fusion, l'opération de la fusion-absorption doit être approuvée par l'assemblée générale extraordinaire de la société intéressée. Cette assemblée doit délibérer selon les conditions de quorum et de majorité prévues pour la modification des statuts. Il en résulte que le quorum prévu pour la validité de l'assemblée générale extraordinaire est de trois quart des actions de la société sur la première convocation⁸²³. A défaut, la deuxième convocation, dont la date ne peut être postérieure à plus de 15 jours⁸²⁴, est considérée comme valable dès que la moitié du capital de la société soit représentée à la réunion. Quant à la majorité, les décisions prises par l'assemblée générale extraordinaire sont valables lorsque des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires sont présentés⁸²⁵, à la condition que cette majorité soit supérieure à la moitié du capital de la société en présence⁸²⁶. Le quorum doit donc toujours atteindre au minimum la moitié du capital de la société anonyme.

289. Quant à la société en liquidation, en application des dispositions de l'article 23-2 du Code des sociétés, tout acte passé pendant la période de la liquidation de la société en cause est nul sauf autorisation unanime des associés ou de l'assemblée générale compétente. Il en découle que la société en liquidation peut intervenir dans une fusion dans les conditions

⁸²⁰ Art. 73-1, C. soc.

⁸²¹ La date de cette convocation ne peut être postérieure à plus de quinze jours dès la première convocation (art. 173-5-b, C. soc.).

⁸²² Art. 73-2, C. soc.

⁸²³ Art. 170-1, C. soc.

⁸²⁴ Art. 173-5-b, C. soc.

⁸²⁵ Art. 171-1, C. soc.

⁸²⁶ Sur ce point, voir l'article 171-2, C. soc.

suivantes : l'unanimité des associés dans les sociétés en nom collectif, l'unanimité des commandités et la majorité en nombre et en capital des commanditaires dans les sociétés en commandite simple, le quorum et la majorité exigés pour la modification des statuts dans les sociétés à responsabilité limitée et les conditions de quorum et de majorité prévues pour l'assemblée générale extraordinaire dans les sociétés anonymes.

Les assemblées générales ne sont pas les seules à se prononcer sur l'opération de fusion, cette dernière doit également être approuvée par les assemblées spéciales.

2° Absence de délibération des assemblées spéciales : une preuve du droit lacunaire

290. La constitution des assemblées spéciales des actionnaires au sein d'une société a pour objectif de protéger et représenter les titulaires de certains titres particuliers. Ces titres confèrent à leurs titulaires des avantages particuliers par rapport aux titres de capital. Après lecture du droit syrien de la fusion, on peut en tirer un seul cas qui doit être envisagé lorsque la société émettrice de ces titres intervient dans une opération de fusion. Il s'agit de la réunion des titulaires des actions de priorité en assemblée spéciale.

En principe, le capital d'une société par actions se divise en actions ayant des valeurs égales et qui confèrent des droits identiques⁸²⁷. Cette règle n'est pas d'ordre public. En effet, rien n'empêche la société d'émettre des actions de priorité⁸²⁸ dotées d'avantages financiers par rapport aux actions ordinaires. La création des actions de priorité relève du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire⁸²⁹. De ce fait, il n'est pas possible de modifier ou annuler les avantages attachés à ces actions sans l'autorisation de leur titulaire. L'existence de cette catégorie particulière d'actions justifie donc la réunion de leurs titulaires en assemblée spéciale. En conséquence, la question se pose de savoir si, en cas d'une fusion de la société émettrice de ces actions, l'opération doit être ratifiée par l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité ?

⁸²⁷ Art. 91-1 et 5, C. soc.

⁸²⁸ Appelées aussi « actions privilégiées ».

⁸²⁹ Art. 91-6, C. soc.

291. A priori, le législateur de 1949 avait apporté une protection aux porteurs d'actions de priorité. En application des dispositions de l'article 234 du Code de commerce, l'assemblée générale ne peut pas porter atteinte aux droits des titulaires des actions de priorité sans solliciter préalablement l'accord de l'assemblée spéciale des titulaires de ces actions⁸³⁰. Néanmoins, on ne trouve pas ce dispositif dans le nouveau Code des sociétés de 2011. De fait, la question se pose de savoir s'il est possible, en pratique, de demander l'autorisation de l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité, en cas de fusion, même si ce dispositif a été négligé par le législateur de 2011 ?

Certains auteurs⁸³¹ estiment que si la société absorbante attribue, en échange des titres, aux anciens actionnaires de nouvelles actions de priorité, il n'y aura pas besoin de solliciter l'autorisation de l'assemblée spéciale des titulaires de ces actions. Au contraire, si l'absorbante n'admet pas ce genre des actions⁸³², l'approbation de la fusion par l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité est obligatoire.

292. On fait valoir que l'approbation de l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité sur l'opération de fusion doit être sollicitée. Cette solution trouve son explication dans le fait que la loi sur les sociétés commerciales permet à l'assemblée générale extraordinaire d'émettre ce type d'actions⁸³³. Cela signifie que les avantages attachés à ces actions ne peuvent être modifiés ou annulés sans l'autorisation de leurs titulaires. Autrement dit, les droits des actionnaires de la société absorbée ne doivent pas être modifiés par le fait de la fusion sans leur consentement. Ce consentement se fait via une approbation par l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité sur l'opération de fusion⁸³⁴. Par voie de conséquence, la délibération de l'assemblée spéciale des titulaires des actions de priorité doit être soumise aux mêmes exigences de quorum et de majorité de l'assemblée générale extraordinaire.

Enfin, il faut souligner que, même si l'opération envisagée est approuvée par les assemblées générales des sociétés en présence, la fusion n'est valable qu'après la rectification du Ministre du commerce et de l'économie. L'article 220-5 du Code des sociétés

⁸³⁰ Art. 234-1, C. com ; dans le même sens, voir également J. Alhakim, préc, n° 458, p. 364.

⁸³¹ R. Antaki et N. Alseba'ai, préc, p. 339 et s.

⁸³² Si, par exemple, la société absorbante n'émet que des actions ordinaires.

⁸³³ Art. 91-6, Code des sociétés.

⁸³⁴ En ce sens, le législateur égyptien précise que les droits et avantages attachés aux actions de priorité ne peuvent pas être modifiés sans l'accord de l'assemblée spéciale des titulaires de ces actions (art. 35-2 du Code des sociétés n° 159 du 1981).

commerciales précise que les nouveaux statuts, issus de la fusion, de la société bénéficiaire de l'opération doivent être présentés au Ministère du commerce et de l'économie. Ainsi, les instructions du Ministère des finances expliquent que le Ministre du commerce et d'économie, ou celui qui le nomme, est habilité à rectifier l'opération de fusion ainsi que les statuts, issus du fait de la fusion, selon les règles relatives à la constitution des sociétés, les lois et les règlements en cours⁸³⁵.

Lorsque l'opération de fusion est approuvée par les assemblées générales des associés, la décision de ces derniers doit faire l'objet d'une publication.

3° La publicité de la décision des associés

293. Le droit syrien a traité, au contraire du droit français, brièvement la question de la publication de la décision des associés ou l'approbation des assemblées générales sur la fusion. L'article 221-1 du Code des sociétés précise que l'opération de la fusion doit être publiée, à deux reprises, dans deux journaux quotidiens. Il ajoute que le Ministère du commerce et de l'économie « ne rectifie les statuts de la société absorbante ou la société nouvelle issue de la fusion qu'après avoir vérifié la publication de la fusion »⁸³⁶. La fusion ne peut se réaliser sans publier la décision de l'assemblée générale approuvant l'opération envisagée.

294. Par ailleurs, les instructions du Ministère des finances du 31 décembre 2007 expliquent que chacune des sociétés participant à l'opération de fusion doit présenter à la direction du commerce intérieur son procès-verbal de séance y compris la décision de l'approbation sur la fusion⁸³⁷. Cependant, la circulaire du 31 décembre n'a pas prévu la publication des décisions des sociétés intéressées. Par voie de conséquence, on voit que l'obligation de la publication pèse sur la société absorbante et la société absorbée. Pour la première, l'opération de fusion conduit à la dissolution de celle-ci, ce qui l'oblige à publier son approbation sur la fusion. En se référant aux règles principales relatives à la dissolution

⁸³⁵ Sur ce point, voir l'instruction n° 10 de circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007.

⁸³⁶ Art. 221-2, C. soc.

⁸³⁷ Sur ce point, voir l'instruction n° 10 de circulaire du 31 décembre 2007.

des sociétés commerciales, l'article 21 du Code des sociétés prévoit, dans son premier alinéa, que le liquidateur doit publier la décision de la liquidation de la société intéressée au registre des sociétés au maximum trois jours après la prise de la décision⁸³⁸. Le conservateur du registre des sociétés doit publier, dans une période de sept jours dès la publication de la décision de la dissolution de la société en cause, la décision de la liquidation dans le journal officiel et dans deux journaux quotidiens⁸³⁹. Si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, la décision de la dissolution doit être notifiée à la Commission des marchés financiers dans trois jours à compter de la prise de cette décision⁸⁴⁰. Tandis que pour la société absorbante, l'opération envisagée a pour effet d'augmenter son capital et d'insérer des modifications sur ses statuts, ce qui lui est imposé de publier ces modifications⁸⁴¹.

Lorsque l'opération envisagée implique la création de société nouvelle, cette dernière doit suivre les formalités imposées à la constitution de sociétés et selon la nouvelle forme juridique qu'elle adopte⁸⁴².

On peut regretter que le législateur syrien ne prenne pas en compte cette phase importante de la fusion. On invite, en effet, le législateur à combler ce vide législatif en adoptant des nouvelles dispositions en la matière. Rien n'empêche le législateur syrien à se référer au Code de commerce français pour emprunter des dispositions lui permettant de combler la lacune de la loi syrienne sur les sociétés commerciales.

Si les sociétés en cause fusionnent en violation des dispositions régissant l'approbation et la publication de la fusion, l'opération risque d'être nulle.

⁸³⁸ En revanche, cette publication devait déposée au greffe du tribunal de commerce du siège social des sociétés intéressées (art. 61 de la loi du commerce n° 149 du 1949) ; voir également J. Meknass, préc, p. 36.

⁸³⁹ Voir l'alinéa 2 de l'article 21, C. soc.

⁸⁴⁰ Art. 21-3, C. soc.

⁸⁴¹ Art. 101-6, C. soc.

⁸⁴² L'article 8 du Code des sociétés prévoit que « le secrétaire du registre des sociétés émet une attestation d'immatriculation d'une société impliquant les mentions suivantes : 1- le numéro d'immatriculation, 2- la dénomination sociale de la société, 3- la forme de la société, 4- le type de la société, 5- l'objectif de la société, 6- la durée de la société, 7- le capital de la société, 8- le siège sociale de la société, 9- les noms des directeurs, des membres du conseil d'administration et du président du conseil et son mandat, 10- les noms des personnes déléguées à signer au nom de la société, leurs pouvoirs et leurs mandats, 11- les restrictions imposées sur le droit de la direction et de signature, 12- les noms des commandités dans les SNC et les SCS ».

B. La nullité de l'opération de fusion : défaut des cas prévus par la loi

295. Contrairement au Code de commerce français, le Code des sociétés syrien n'envisage pas des dispositions particulières applicables aux nullités des fusions. En effet, il vaut mieux, pour traiter cette question, se référer aux principes généraux du droit commun (1°). De même, la nullité d'une fusion peut trouver son origine dans le cas où la décision de la fusion a été prise contrairement à l'intérêt social de la société en cause. L'abus de majorité se présente donc comme une cause de nullité de l'opération de fusion (2°).

1° Le retour aux principes généraux figurant en droit commun

296. En application des principes généraux du droit commun, les décisions prises par une société, y compris celles concernant la fusion, peuvent être annulées dans la mesure où celles-ci ont été prises en violation des dispositions de cette loi⁸⁴³ et des statuts de la société intéressée. Dans ces perspectives, les articles 76⁸⁴⁴ et 120⁸⁴⁵ permettent à l'associé ou l'actionnaire, selon le cas, de demander l'annulation de chaque décision prise par l'assemblée générale compétente, lorsque les dispositions du Code des sociétés et les statuts de la société concernée n'ont pas été respectées⁸⁴⁶. De ce fait, la nullité de la délibération de l'assemblée générale ayant décidé l'opération de fusion entraîne la nullité de cette dernière. En d'autres termes, la nullité peut résulter de la violation des règles relatives au quorum et aux conditions de majorité exigées pour que la décision prise par l'assemblée soit valable⁸⁴⁷. Il en va de même pour la violation des règles applicables aux délais de convocation des assemblées générales, les règles relatives au quorum et à la majorité dans l'assemblée spéciale, ainsi l'absence du commissaire aux comptes.

297. En outre, la nullité de la fusion peut résulter de l'absence de la publication des

⁸⁴³ C'est-à-dire, la loi sur les sociétés commerciales.

⁸⁴⁴ Voir art. 76-1 du Code des sociétés applicable aux SARL.

⁸⁴⁵ Art. 120-6 du Code des sociétés applicable aux SA.

⁸⁴⁶ H. Almasry, préc, n° 200, p. 335.

⁸⁴⁷ Sur ce point, voir J. Alhakim, préc, n° 548, p. 424.

décisions concernant la fusion au registre des sociétés⁸⁴⁸. Ainsi, lorsque l'opération de fusion a pour effet d'augmenter les engagements des actionnaires, celle-ci est réputée nulle, sauf si ces derniers ont autorisé l'opération projetée⁸⁴⁹. Donc, il y a une possibilité de régulariser l'opération de fusion ayant pour conséquence d'augmenter les engagements des associés, lorsque ceux-ci autorisent la fusion. Cette autorisation résulte soit d'un accord unanime écrit soit d'un vote auquel participent tous les actionnaires et approuvent à la majorité des deux tiers des voix des actionnaires⁸⁵⁰. En revanche, la nullité résultant de l'absence de la publication de la décision de fusion ne peut pas être l'objet de régularisation⁸⁵¹. Cette nullité est donc obligatoire.

A ces règles, s'ajoute l'abus de majorité qui peut être une cause de nullité de l'opération de fusion.

2° La nullité pour abus de majorité

298. En droit des sociétés, les décisions se prennent à la majorité auxquelles la minorité doit soumettre tant que celles-ci sont prises dans l'intérêt social de la société. Les majoritaires ne doivent pas détourner le pouvoir qui leur est confié par les minoritaires. Est donc abusive toute décision prise dans le but de nuire à la minorité. En effet, la majorité ne doit pas nuire aux intérêts de la minorité⁸⁵². Pour limiter le pouvoir accordé à la majorité, la doctrine s'appuie sur l'abus de droit pour empêcher les majoritaires de prendre des décisions dans l'intention de nuire aux minoritaires⁸⁵³. En application des dispositions de l'article 6 du Code civil, le droit est abusif lorsqu'il est utilisé soit dans le but de causer à autrui un dommage, soit les intérêts recherchés ne correspondent pas au dommage causé aux tiers ou bien les intérêts recherchés sont illégitimes. Par voie de conséquence, en droit des sociétés, la majorité commet un abus dès qu'elle prend des décisions contraires à l'intérêt général de la société et

⁸⁴⁸ Voir l'article 75-1 du Code des sociétés.

⁸⁴⁹ Sur ce point, voir 119-1-a et 119-2, C. soc.

⁸⁵⁰ Art. 119-2, C. soc.

⁸⁵¹ L'alinéa 3 de l'article 75 du Code des sociétés prévoit que : « la société doit publier la modification qu'elle a portée à son statut, y compris la décision de la fusion, dans 60 jours dès la rectification du Ministère. A défaut, la décision est réputée caduc ».

⁸⁵² J. Alhakeem, préc, n° 206, p. 185.

⁸⁵³ J. Alhakeem, préc, n° 206, p. 186.

dans le dessein de favoriser la majorité au détriment de la minorité⁸⁵⁴.

299. En matière de fusion, les associés approuvent l'opération de fusion à la majorité. Lorsque la décision, approuvant la fusion, prise par la majorité est contraire à l'intérêt social et nuit à la minorité, cette dernière peut demander la nullité de l'opération projetée. A ce stade, le législateur permet à tout associé ou actionnaire de demander la nullité de toute décision prise en violation de la loi ou des statuts de la société intéressée⁸⁵⁵. L'assemblée générale doit prendre ses décisions dans l'intérêt de la société⁸⁵⁶. De fait, toute décision prise contrairement à l'intérêt social de la société et dans l'unique but de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité, elle peut être annulée à la demande de ces derniers⁸⁵⁷. Par conséquent, il appartient à la victime de l'abus d'apporter la preuve que, d'un côté, la décision prise était contraire à l'intérêt général de la société et que, d'un autre côté, cette décision a créé une rupture d'égalité entre les associés de la société concernée. L'abus commis par la majorité empêche donc la volonté de tous les associés de la société en cause de se former et crée une rupture d'égalité entre ceux-ci.

Dans tous les cas, il faut souligner que l'action en nullité de toute décision prise par l'assemblée générale se prescrit par 90 jours à partir de la date où la décision a été prise⁸⁵⁸.

300. Conclusion de la section II. Il est évident que les opérations de fusion demeurent récentes en droit syrien. Les conditions de forme se présentent comme meilleur exemple. Les procédures envisagées pour établir le traité de fusion ne figurent pas dans le Code des sociétés. Elles sont énoncées par la circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007, alors qu'elles auraient dues être prévues, comme en droit français, dans le Code des sociétés. Pourquoi, pour contrôler le traité de fusion, avoir recours à un organisme syrien de comptabilité expérimenté ou à une société internationale de comptabilité, alors qu'il est possible de confier cette mission à un commissaire expérimenté dans le domaine de fusion ? Il suffit juste d'établir une liste auprès de la direction du commerce intérieur sur laquelle sont inscrits des commissaires à la fusion. Il est, d'ailleurs, préférable, même si aucun texte ne le

⁸⁵⁴ J. Alhakeem, préc, n° 206, p. 186.

⁸⁵⁵ Art. 76, 120-6 et 184-2, C. soc.

⁸⁵⁶ Art. 168, C. soc., sur renvoi de l'article 172, C. soc.

⁸⁵⁷ H. Almasry, préc, n° 202, p. 338.

⁸⁵⁸ Voir l'article 76-1 du Code des sociétés. En revanche, la durée de la prescription était 3 ans dans l'ancien Code de commerce du 22 juin 1949 (art. 233-4, C. com.).

prévoit, d'écarter la désignation d'un commissaire à la fusion lorsque la société absorbée est une filiale détenue à 90 % ou 100 % par la société absorbante. Pour ce faire, il vaut mieux que le législateur le prévoit expressément pour éviter toute difficulté éventuelle. Cette possibilité est également ouverte à l'approbation de l'opération de fusion par les assemblées spéciales. L'adoption des dispositions permettant aux assemblées des titulaires des titres spécifiques d'approuver la fusion demeure indispensable. En tout état de cause, en l'absence de structure du droit syrien, le recours au Code de commerce français nous paraît très intéressant pour combler les lacunes du Code des sociétés syrien.

301. Conclusion du chapitre II. Les conditions de forme de fusion sont plus présentes et structurées en droit français qu'en droit syrien. La présence des directives européennes fait preuve de cohérence du droit français. Les procédures poursuivies en droit français quant à l'établissement et au contrôle du projet de fusion sont expressément prévues dans le Code de commerce. Même si on regrette que l'intervention du commissaire à la fusion ne soit pas étendue aux opérations de fusion réalisées entre les sociétés de capitaux et les sociétés de personnes, le législateur apporte un allègement à cette intervention. L'écart de la désignation du commissaire à la fusion et de l'établissement de son rapport est explicitement énoncé aux articles L. 236-11 et L. 236-11-1 du Code de commerce. Cet allègement vaut également pour l'approbation de la fusion par l'assemblée générale des associés dans le cadre de fusion simplifiée. La délibération des assemblées spéciales des sociétés parties à l'opération de fusion est de même précisément envisagée dans les dispositions régissant les fusions des sociétés. Dans la même optique, ces dispositions ont formellement énuméré les causes de nullité des fusions : elles résultent de la nullité de la délibération de l'une des assemblées qui ont décidé la fusion ou du défaut de dépôt de la déclaration de conformité.

En revanche, en droit syrien, les conditions de forme de l'opération de fusion ne sont pas expressément prévues dans le Code des sociétés. Le processus de l'élaboration du projet de fusion est énoncé dans une circulaire du Ministère des finances, n'est pas dans le Code des sociétés. Le contrôle du traité de fusion est confié à un organisme syrien ou une société internationale de comptabilité, il n'est pas confié à un ou plusieurs commissaires spécialisés dans le domaine de fusion. Il n'y a aucun texte dans le Code des sociétés qui organise l'exercice de contrôle. Cette absence de dispositions vaut également pour l'intervention du commissaire à la fusion dans le cadre de fusion simplifiée. En outre, le législateur a commis

une erreur lorsqu'il n'a pas envisagé un dispositif organisant la délibération des assemblées spéciales des actionnaires sur l'opération de fusion. Il a seulement renvoyé les sociétés parties à la fusion au droit commun pour l'approbation de l'opération par les assemblées générales des associés. Le retour aux principes généraux du droit commun était également présent dans le cadre de la nullité de la fusion. Les causes de nullité de la fusion ne sont pas expressément prévues dans le Code des sociétés.

Cette comparaison entre le droit français et le droit syrien quant aux conditions de forme de l'opération de fusion montre que la cohérence et l'aménagement du premier et désorganisation du second. En effet, on invite le législateur syrien à combler ce vide législatif et à adopter des dispositions permettant de régir les opérations de fusion dans un chapitre unique.

Conclusion du titre II

302. Si l'on appréhende la convergence du droit syrien et du droit français quant aux conditions applicables aux fusions, on doit considérer que cette convergence n'est pas totalement identique. Il est vrai que les deux droits se mettent d'accord sur le fait que les éléments essentiels sur lesquels est basée la fusion sont regroupés en deux catégories : la première est relative à l'existence d'au moins deux sociétés jouissant de la personnalité morale. La seconde catégorie concerne les engagements des associés de la société appelée à disparaître à l'occasion de la fusion. La réalisation de cette opération ne doit pas amener à l'augmentation des engagements de ceux-ci. Cette assimilation vaut de même pour le champ d'application de l'opération de fusion. Cette dernière trouve application à chaque fois interviennent des sociétés jouissant de la personnalité juridique même si celles-ci sont de forme différente. Cependant, les méthodes employées pour l'évaluation des sociétés parties à la fusion ne sont pas uniformes. Elles sont multiples et significatives en droit français, alors qu'elles sont absentes en droit syrien : les sociétés participantes à l'opération ont la liberté de choisir les critères qui leur semblent adéquates. Cet écart entre les deux droits en ce qui concerne l'évaluation des sociétés nous paraît logique parce qu'on compare entre deux sociétés socialement et économiquement différentes. Cette assimilation entre les deux droits quant aux conditions de forme a pris un chemin différent. Ces conditions sont bien aménagées et structurées en droit français. Le contenu et la forme du projet de fusion, l'intervention du commissaire à la fusion et les modalités de l'approbation de la fusion par les associés figurent nettement dans le Code de commerce français. En contrepartie, les conditions de forme ne sont pas assez organisées en droit syrien. Elles sont divisées en deux parties : la première figure dans une circulaire du Ministère des finances, alors que la seconde est prévue dans le Code des sociétés. Malgré cette ressemblance entre le droit français et le droit syrien, la particularité de ce dernier fait de lui une preuve de cohérence en matière de fusion, ce qui n'est pas le cas du droit syrien.

Conclusion de la première partie

303. Le fait d'aligner sur le droit syrien au droit français quant aux modalités applicables aux fusions nous permet de déterminer la portée de cette opération dans les deux droits. Cet alignement est cependant limité. Il se présente par le rapprochement entre le droit français et le droit syrien sur les types de fusion. La fusion-absorption et la fusion par création de société nouvelle, deux techniques de fusion existent tant en droit français qu'en droit syrien. Ces deux procédés exigent l'existence d'au moins deux sociétés, l'une disparaît et transmet son patrimoine à une société absorbante ou une société nouvelle créée à cet effet. L'originalité du droit français se caractérise par l'existence d'autres opérations de restructuration assimilées à la fusion. La scission et l'apport partiel d'actif en font belle illustration. En l'absence de ces opérations en droit syrien, le droit français se présente comme solution alternative pour contribuer à l'adoption des dispositions régissant ce genre d'opérations. Cette contribution a pour objectif de faire rapprocher le droit syrien du droit français notamment en ce qui concerne les conditions de fond applicables à la fusion. Il est acquis que les conditions relatives, pour les sociétés parties à l'opération, à la jouissance de la personnalité morale et la non augmentation des engagements des associés sont identiques dans les deux droits. Mais l'existence, en droit français, de plusieurs critères d'évaluation des sociétés participantes à la fusion peut renforcer ce rapprochement dans la mesure où le droit syrien peut s'y référer afin de les appliquer en pratique. L'utilité du droit français pour le droit syrien s'explique fortement dans les conditions de forme applicables à la fusion. Le contrôle du projet de fusion par un ou plusieurs commissaires spécialisés dans le domaine de fusion et l'approbation de l'opération par les assemblées spéciales des actionnaires sont des conditions propres du droit français. En l'absence des textes les prévoient, l'adoption de ces dispositions en droit syrien paraît possible. Le législateur syrien doit, en effet, procéder à la promulgation des dispositions permettant de combler les lacunes du Code des sociétés. Il doit également les prévoir, d'une manière organisée, dans le chapitre applicable aux fusions des sociétés.

304. Il a ainsi été démontré dans cette première partie que l'intervention du législateur européen en matière de fusion a rendu le droit français riche de dispositions dans le sens que celui-ci doit être en conformité avec les directives européennes. La dixième directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur la fusion transfrontalière des sociétés de capitaux a fait le meilleur exemple. Les formes de fusion, l'établissement du projet commun de fusion

transfrontalière et son approbation par l'assemblée générale ont été analysés par la dixième directive. Ces dispositions ont été introduites dans le Code de commerce français par la loi du 3 juillet 2008. En conséquence, même si le droit français est plus aménagé et cohérent que le droit syrien, l'existence des types de fusions approuve notre idée de l'alignement progressif du droit syrien sur le droit français en la matière.

L'approche établie entre les deux régimes quant aux types de fusion ne signifie pas que celle-ci est absolue en matière de fusion. Les conséquences qu'engendre la fusion attestent néanmoins une autonomie entre le droit syrien et le droit français.

SECONDE PARTIE

**LES EFFETS DE LA FUSION : L'AUTONOMIE DU DROIT SYRIEN PAR
RAPPORT AU DROIT FRANÇAIS**

*« La personnalité morale apparaît en définitive comme une étiquette concédée par le législateur pour identifier le groupe social et son patrimoine, étiquette de plus en plus transparente qu'il n'hésite pas à soulever ou même à écarter complètement quand sa présence devient gênante ».*⁸⁵⁹

⁸⁵⁹ Y. Cheminade, Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RtD com. 1970, p. 22.

305. Il est acquis qu'il y a un rapprochement entre le droit syrien et le droit français en matière de fusion. Cependant, le lien établi entre les deux régimes quant au champ d'application de la fusion commence à s'éloigner au stade des effets que produit cette opération. Il a été démontré que le droit commercial en Syrie a été largement influencé par le Code français de commerce. L'adoption du nouveau Code syrien des sociétés fait preuve de cette influence. Cependant, les dispositions relatives à la fusion ne sont pas suffisantes pour régir toutes les conséquences qu'entraîne la fusion. Inversement, le droit français des sociétés suit jusqu'à l'heure actuelle une évolution distinguée en matière de fusion, particulièrement quant aux conséquences de cette opération. La doctrine et la jurisprudence ont joué un rôle très important à l'évolution législative en la matière.

En effet, il serait opportun de préciser le domaine de l'étude des conséquences de la fusion qui préoccupent, du côté du droit français, le législateur, la doctrine et la jurisprudence dans la mesure où elles sont diverses. Cette étude doit, du côté du droit syrien, faire l'objet d'une éventuelle réforme législative du droit de fusion qui laisse toujours un souci d'application en pratique. De ce fait, si cette étude est nécessaire, c'est qu'elle explique la diversité des effets de la fusion particulièrement sur les sociétés parties à l'acte (**Titre I**), mais ne dispense pas d'une réflexion sur certaines questions. Elle est, par ailleurs, importante parce qu'elle montre les lacunes textuelles syriennes surtout en ce qui concerne les effets de la fusion à l'égard des tiers (**Titre II**). Pour cela, il faut certainement prendre en compte l'autonomie, établie aujourd'hui, du droit syrien par rapport au droit français quant aux effets de l'opération de fusion.

Titre I. Les effets de la fusion sur les sociétés parties à l'acte

Titre II. Les effets de la fusion à l'égard des tiers

TITRE I : LES EFFETS DE LA FUSION SUR LES SOCIÉTÉS PARTIES À L'ACTE

*« Le droit est conçu comme un instrument capable de restaurer la confiance et la stabilité des relations économiques et, en augmentant la sécurité des opérations, de contribuer à faire entrer les affaires dans le sein de la probité ».*⁸⁶⁰

⁸⁶⁰ J.-E.-M. Portalis, Discours préliminaire sur le projet de Code civil : in J.-E.-M. Portalis, Discours, rapports et travaux inédits sur le Code civil, par F. Portalis, Paris, Joubert, 1844, p. 56.

306. La fusion ne peut pas se réaliser sans approbation de l'opération par l'assemblée des associés. Lorsque les assemblées générales des sociétés participantes approuvent le projet de fusion, l'opération de fusion produit ses effets. Il est dès lors question de savoir quelles sont les conséquences de l'opération sur les sociétés participantes. La fusion emporte des conséquences très importantes et diverses sur les sociétés parties à l'acte car l'une de ces sociétés disparaît de la scène juridique alors que l'autre conserve sa personnalité juridique pour recevoir le patrimoine de celle-ci. La société absorbée est donc la plus touchée par la fusion en faveur de la société bénéficiaire de l'opération. Si cette distinction est particulièrement utile, c'est qu'elle permet de mettre en lumière la situation de chaque société partie à l'occasion de la fusion. En effet, étant donné que les conséquences de la fusion ne se présentent pas de la même façon dans les sociétés concernées, il serait intéressant d'analyser, de prime abord, les effets majeurs de la fusion sur la société absorbée (**Chapitre I**). Sur le plan théorique et pratique, cette étude nous permettra, ensuite, d'examiner les effets de cette opération sur la société absorbante (**Chapitre II**).

**Chapitre I. Les effets de la fusion sur la société
absorbée : effet primordial de l'opération**

**Chapitre II. Les effets de la fusion sur la société
absorbante : effet patrimonial de l'opération**

CHAPITRE I. LES EFFETS DE LA FUSION SUR LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE : EFFET PRIMORDIAL DE L'OPÉRATION

307. L'approbation du projet de fusion par les sociétés parties entraîne la dissolution sans liquidation de la société qui disparaît et le transfert universel du patrimoine de cette société au profit de la société bénéficiaire. L'un est indissociable de l'autre ; c'est-à-dire que la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante est inséparable de la dissolution de cette société et ne peut s'opérer en tant que celle-ci n'est pas encore dissoute⁸⁶¹. Dès lors, puisqu'elle emporte des conséquences pratiques importantes, il faut déterminer la date d'effet de la fusion (**Section I**) avant d'étudier la dissolution, sans liquidation, de la société absorbée (**Section II**). Ces précisions permettent de donner un éclairage du domaine de la transmission universelle du patrimoine de celle-ci (**Section III**).

⁸⁶¹ Voir Cass. com., 12 juill. 2004, pourvoi n° 03-12.672 ; voir également Cahier droit des affaires, Lien indissociable entre le patrimoine et la personne, Recueil Dalloz 2004, n° 29, p. 2160 ; J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker, Fusion-absorption. Transmission universelle de patrimoine. Dissolution préalable de la personne morale absorbée, JCP E, 2005, n° 4, p. 129 ; La transmission universelle à la personne morale absorbante du patrimoine de la personne morale absorbée ne peut se réaliser tant que cette personne morale n'est dissoute, Recueil Dalloz 2005, p. 2950.

Section I. La date d'effet de l'opération de fusion

308. En principe, lorsque les assemblées générales compétentes des sociétés parties approuvent l'opération de fusion, cette dernière prend son effet. Toutefois, les parties à la fusion peuvent prévoir une autre date différente mais sous certaines conditions. Cette mesure est d'une importance pratique car elle détermine le moment de la transmission universelle du patrimoine. Elle est toutefois incertaine du fait de la différence qui réside entre le moment de la transmission de patrimoine en matière commerciale et la date de réalisation fiscale et comptable. Il faut alors déterminer la date d'effet de la fusion (§I) pour savoir si cette date est opposable aux tiers (§II) ou il faut des formalités de publicité afférentes à la transmission des droits et obligations de la société absorbée.

§I. La fixation de la date d'effet de la fusion

309. La fixation de la date d'effet de la fusion suscite une importante différence entre le droit français et le droit syrien. Le législateur français n'impose pas aux sociétés en cause à suivre une seule règle pour fixer la date d'effet de fusion : il a laissé aux sociétés parties à l'opération la liberté de fixer cette date. Ceci accrédite notre idée selon laquelle le droit français est très souple en la matière (A.). En revanche, cette liberté de déterminer la date d'effet de la fusion est absente en droit syrien, ce qui rend ce dernier plus rigide (B.). Cette question est très intéressante car elle nous permet de s'interroger sur la possibilité de choisir une date d'effet de l'opération en droit syrien.

A. La souplesse du droit français

310. Le Code de commerce énonce un principe selon lequel la fusion prend ses effets⁸⁶². En application de principe, la date d'effet intervient à la dernière assemblée générale ayant approuvé la fusion⁸⁶³. Néanmoins, contrairement au droit syrien, il accorde aux sociétés parties aux fusions la possibilité de déroger, dans une certaine mesure, à la règle générale (1°). À ce stade, l'accomplissement des formalités de fusion peut être perturbé par une période intercalaire avant la date de la réalisation définitive de la fusion (2°).

1° La liberté des parties de choisir la date d'effet de la fusion

311. L'article L. 236-4 du Code de commerce a distingué entre deux situations pour déterminer la date d'effet de la fusion⁸⁶⁴. Lorsque la fusion conduit à la création d'une ou plusieurs sociétés nouvelles, elle prend son effet au jour de l'immatriculation au RCS de la société nouvellement créée ou de la dernière d'entre elles. Si la fusion aboutit à la création de plusieurs sociétés nouvelles, la date d'effet est fixée au jour de l'immatriculation de la dernière de ces sociétés⁸⁶⁵. Dans ce cas, le contrat de fusion ne peut pas prévoir une autre date pour que la fusion prenne ses effets, parce que les dispositions du premier alinéa de l'article

⁸⁶² Le droit européen laisse à la législation de l'État membre dont relève la société issue de la fusion transfrontalière la possibilité de déterminer la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet (art. 12 de la directive n° 2005/56/CE du 26 oct. 2005). Cette date doit être postérieure à l'exécution des contrôles de la légalité de la fusion transfrontalière par l'autorité nationale compétente de chaque État membre (art. 11, §1 de la même directive, sur renvoi de l'art. 12).

⁸⁶³ P. Le Cannu et B. Dondero, *Droit des sociétés*, préc, n° 1635, p. 1020.

⁸⁶⁴ En droit européen, la date d'effet de la fusion transfrontalière dépend de la législation nationale dont relève la société issue de la fusion (art. 12 de la dixième directive 2005/56/CE). En transposant cette disposition en droit français, la date de l'opération prend son effet, en cas de fusion par création de société nouvelle, lors de l'immatriculation de la société nouvelle (art. L. 236-31, alinéa premier du Code de commerce qui renvoie aux dispositions de l'article L. 236-4, C. com.). Alors qu'en cas de fusion par absorption, la fusion transfrontalière prend son effet « selon les prévisions du contrat, sans toutefois pouvoir être antérieure au contrôle de légalité, ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société bénéficiaire pendant lequel a été réalisé ce contrôle » (art. L. 236-31, al. 2, C. com.).

⁸⁶⁵ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83870 ; J. Mestre et D. Velardocchia, préc, n° 1873, p. 920.

suscité sont impératives⁸⁶⁶.

Dans le cas où l'opération ne concerne que des sociétés existantes, elle prend effet à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération. Cependant, cette règle n'est pas impérative. Le contrat de fusion peut retenir une autre date d'effet différente⁸⁶⁷. Le texte donne donc une liberté aux sociétés parties de choisir une autre date différente pour que la prise d'effet de l'opération soit déterminée à une date plus satisfaisante aux sociétés intéressées⁸⁶⁸. Cette liberté est toutefois incomplète : le contrat de fusion peut prévoir une autre date à condition qu'elle ne soit ni postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la ou des sociétés bénéficiaires de l'opération ni antérieure à la date de clôture du dernier exercice clos de la ou des sociétés qui transfèrent leur patrimoine⁸⁶⁹.

312. Lorsque les sociétés en présence insèrent une clause de rétroactivité dans le traité de fusion, l'opération est réputée être intervenue à partir de cette date. Aussi, les opérations actives et passives accomplies par la personne morale absorbée entre la date prévue par la clause et celle de la dernière assemblée générale sont réputées avoir été effectuées par la personne morale absorbante⁸⁷⁰. Par voie de conséquence, l'absorbée ne peut pas se pourvoir en cassation car à cette date là, elle « a perdu la personnalité morale, peut importe la date à laquelle est intervenue sa radiation au registre du commerce et des sociétés »⁸⁷¹.

Dans ce cas, la clause de rétroactivité n'a pas d'effet envers les tiers. Elle ne concerne que les sociétés participantes à l'opération. Le tiers ne peut pas donc se prévaloir de cette clause et doit retenir la date de la réalisation définitive de la fusion, la date à laquelle se fait le transfert universel du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante⁸⁷². Ainsi, il a

⁸⁶⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 969, p. 414.

⁸⁶⁷ M. Chadeaux, préc, n° 333, p. 94.

⁸⁶⁸ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 969, p. 418.

⁸⁶⁹ Voir l'alinéa 2 de l'article 236-4 du Code de commerce.

⁸⁷⁰ Le projet de fusion doit contenir « la date à partir de laquelle ces parts ou actions donnent droit aux bénéfices, ainsi que toute modalité particulière relative à ce droit, et la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports » (a rt. R. 236-1, 4°, C. com.); Cass. com., 29 janv. 2002, préc. En ce sens, un auteur précise que la finalité de l'article L. 236-4 du Code de commerce est de « permettre le rattachement à la société absorbante de toutes les conséquences financières et comptables des opérations réalisées par la société absorbée pendant la période intercalaire » : J. Paillusseau, « La rétroactivité des opérations de fusion : d'une conception juridique "light" à une conception fiscale "lourde" » : JCP E, 2000, p. 1557.

⁸⁷¹ Cass. 3^e civ. 17 mai 2006, n° 05-10936, Bull. civ. 2006, III, n° 130, p. 108 ; D. 2006, p. 1687, note A. Lienhard ; JCP E 2007, p. 1048, obs. J.-J. Caussain, G. Wicker et F. Deboissy ; v. également J.-C. Hallouin et E. Lamazerolles, *Sociétés et groupements*, Rec. Dalloz 2007, p. 267 ; X. Vamparys, *Portée de la clause de rétroactivité dans fusion-absorption*, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 12, p. 1450.

⁸⁷² CA Orléans, 18 nov. 2004, n° 03-3103 : RJDA 2005, n° 145 ; Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20555, Bull.

été jugé qu'en vertu du contrat de crédit-bail, la caution est tenue envers la société absorbante de la dette due à la société absorbée, même si cette dette était exigible pendant la période intercalaire⁸⁷³. En l'espèce, la Cour de cassation approuve la Cour d'appel ayant retenue que « la fusion n'est devenue définitive que le 14 janvier 1994, date de l'assemblée générale de la société Fideicomi (la société absorbante) qui approuvait le projet de fusion et date à laquelle s'est opérée la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante et que la totalité de la créance était exigible depuis septembre 1993, c'est à bon droit que (...) la cour d'appel a décidé que la caution ne pouvait se prévaloir de la date d'effet au 1^{er} janvier 1993, convenue entre les parties à la fusion»⁸⁷⁴. Cette solution a aussi été confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 29 janvier 2002⁸⁷⁵.

L'effet rétroactif prévu à l'article L. 236-4 ne concerne que les sociétés existantes, la ou les sociétés nouvellement créées ne peuvent pas en effet avoir cette possibilité⁸⁷⁶.

313. A l'inverse, le Code de commerce permet aux sociétés parties à la fusion de donner à celle-ci une date postérieure à celle de la décision des associés ayant approuvé la fusion. Cependant, cette date d'effet différé ne doit pas être postérieure à la date de clôture de l'exercice en cours de la société bénéficiaire de l'opération⁸⁷⁷. La fusion à effet futur est assez rare en pratique car une telle décision fait peser un élément d'insécurité sur l'issue de la fusion⁸⁷⁸. L'AMF⁸⁷⁹ a déjà eu l'occasion d'exprimer que la fusion à effet différé fait peser sur les apports un caractère d'incertitude incompatible avec le constat que le capital est libéré et que les biens devraient être déterminés avec précision et certitude pour qu'ils soient véritables

1999, IV, n° 69, p. 56 ; Bull. Joly 1999. 679, note R. Routier ; Cass. com., 29 janv. 2002, n° 98-20882 : BRDA 2002, n° 7, p. 5 ; Bull. Joly 2002. 683, note M.-L. Coquelet.

⁸⁷³ Lamylène, Date d'effet d'une fusion de sociétés et caution, RLDA 1999, n° 18, sous Cass. com., 23 mars 1999, préc.

⁸⁷⁴ A. Viandier, « La portée de l'effet rétroactif de la fusion » : RJDA 1999/8-9, p. 699.

⁸⁷⁵ En l'espèce, la Cour de cassation confirme à nouveau la cour d'appel ayant retenu que « l'opération de fusion n'est devenue définitive que le 30 octobre 1992, date de l'assemblée générale qui approuvait le projet de fusion et date à laquelle s'est opérée la transmission universelle de la société absorbée à la société absorbante, c'est à bon droit, sans dénaturer le document visé au moyen et en justifiant légalement sa décision, qu'elle a décidé que M. Saïd X... ne pouvait se prévaloir de la date du 1^{er} janvier 1992 convenue entre les parties à la fusion » ; M.-L. Coquelet, Portée de la rétroactivité de la fusion à l'égard des tiers : la Chambre commerciale confirme sa jurisprudence, Bull. Joly Sociétés 2002, n° 6, p. 683. Dans le même sens, v. CA Orléans, 18 nov. 2004, préc.

⁸⁷⁶ X. Vamparys, Portée de la clause de rétroactivité dans fusion-absorption, préc.

⁸⁷⁷ A. Bonnasse, Fusions-Scissions. - Réalisation des fusions et scissions, JCI Sociétés Traité, 2004, n° 58.

⁸⁷⁸ M. Chadeaux, préc, n° 334, p. 94 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, préc, n° 83900 ; J. Mestre et D. Velardocchia, préc, n° 1873, p. 921.

⁸⁷⁹ Bull. mens. COB, mars 1985, n° 179.

dans leur valeur et consistance⁸⁸⁰. Cela signifie que la valeur des sociétés en cause va se varier jusqu'à la date d'effet différé donnée à la fusion, alors que la transmission universelle porte sur le patrimoine de la société absorbée dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération.

La date de prise d'effet de la fusion peut être perturbée par l'intervention d'un certain délai assez long qui s'écoule entre la rédaction du projet de fusion et sa réalisation définitive. Il faut donc préciser la situation des sociétés en présence pendant la période intercalaire.

2° La période intercalaire

314. La mise en œuvre d'une opération de fusion entraîne l'accomplissement de formalités emportant une période qui dure suffisamment longue. Ce délai s'étend entre la date à laquelle ont été arrêtées les bases de l'opération⁸⁸¹ et la date de réalisation effective de la fusion⁸⁸². Or, durant cette période intercalaire, la société qui va disparaître, poursuit normalement ses activités : la consistance de son actif et passif va nécessairement évoluer. En d'autres termes, la situation de la société au moment de la réalisation définitive de l'opération, n'est pas la même qu'au moment de la rédaction du projet de fusion. La valeur des actions qui seront émises par la société bénéficiaire peut aussi changer, mais pas nécessairement dans le même sens. De fait, l'évaluation de l'apport et le calcul de parité d'échange sera remis en cause au jour de la réalisation effective de la fusion⁸⁸³.

Cependant, l'article L. 236-3, I du Code de commerce dispose que le patrimoine des sociétés absorbées est transféré aux sociétés qui bénéficient de l'opération « dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération ». En conséquence, la société nouvellement créée ou la société absorbante reçoivent le patrimoine de la ou des sociétés qui

⁸⁸⁰ De son côté, la compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) estime que la fusion à effet futur est possible à la condition que la société amenée à disparaître soit structurellement bénéficiaire ou ses prévisions d'exploitation pour la période entre la date de l'assemblée générale et la date d'effet de la fusion apportent l'assurant de résultats bénéficiaires qui garantissent la libération de l'augmentation du capital (comité des diligences, Rev. fid. Comptable 1992, n° 178, p. 12).

⁸⁸¹ Elle comprend l'évaluation du patrimoine transmis, l'établissement du rapport d'échange des titres.

⁸⁸² C'est-à-dire, la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération.

⁸⁸³ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc., n° 83880.

disparaissent tel qu'il est au moment de la réalisation effective de la fusion, sauf décision contraire prise par l'assemblée appelée à se prononcer sur l'opération, quelle que soit la date à laquelle ont été évalués les apports. La parité d'échange des titres arrêtée dans le contrat de fusion reste donc inchangée même si les actifs nets des sociétés intéressées ont varié pendant la période intercalaire⁸⁸⁴.

315. Par ailleurs, sur le plan comptable, l'article R. 236-1 du Code de commerce dispose que le projet de fusion doit indiquer « la date à partir de laquelle les opérations de la société absorbée ou scindée seront, du point de vue comptable, considérées comme accomplies par la ou les sociétés bénéficiaires des apports ». A cet égard, en l'absence de disposition particulière, on trouve que ce texte à une portée générale et s'applique, par la suite, aux opérations de fusion réalisées au profit de sociétés nouvelles⁸⁸⁵. La société bénéficiaire des apports doit reprendre dans ses livres toutes les opérations actives et passives accomplies par la ou les sociétés qui disparaissent au cours de la période intercalaire. Selon une réponse ministérielle, il n'est pas nécessaire de réunir l'assemblée générale extraordinaire pour soumettre aux actionnaires et associés les comptes des opérations effectuées pendant la période intercalaire⁸⁸⁶.

316. Du point de vue fiscal, l'effet rétroactif de la fusion emporte que la société bénéficiaire peut englober dans ses résultats les bénéfices et les pertes effectués par la société absorbée durant la période intercalaire pourvu que la date d'effet de l'opération ne remonte pas au jour de l'exercice de la société absorbante pendant lequel la fusion est intervenue⁸⁸⁷. Ainsi, le Conseil d'Etat a réaffirmé la possibilité de déduire des bénéfices de la société absorbante les pertes effectuées par la société absorbée au cours de la période intercalaire⁸⁸⁸. Toutefois, le caractère rétroactif de la fusion n'est pas opposable à l'administration fiscale⁸⁸⁹.

317. Une difficulté pourrait surgir lorsque la société absorbée subit des pertes pendant la période de la rétroactivité⁸⁹⁰. L'AMF a eu l'occasion d'aborder cette question. Selon elle,

⁸⁸⁴ B. Mercadal et Ph. Janin, *Sociétés commerciales*, préc., n° 26881, p. 1234.

⁸⁸⁵ En ce sens, v. S. Schiller, *La rétroactivité des fusions*, *La Semaine Juridique Entreprise et Affaire*, n° 38, 19, sep. 2013, 1513.

⁸⁸⁶ Rép. min. M. Cornet : *Ass. nat.*, 26 nov. 1975, p. 8951.

⁸⁸⁷ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés Commerciales 2014*, n° 2064 ; O. Dauchez, *Porté fiscal de l'effet rétroactif d'une fusion*, *Bull. Joly Sociétés 2011*, n° 7, p. 605.

⁸⁸⁸ CE, 26 mai 1993, n° 78.156, *Bull. Joly Sociétés 1993*, p. 563 ; CE, 16 juin 1993, n° 70.466, *Rev. sociétés 1993*, p. 632, concl. Arrighi de Casanova.

⁸⁸⁹ CE, 12 juil. 1974 ; CE, 16 mars 2001 : *RJF 6/01*, n° 804.

⁸⁹⁰ Lorsque la société absorbée réalise des gains pendant la période intercalaire, la jurisprudence s'est exprimée

lorsque la valeur du patrimoine de la société absorbée est inférieure à la valeur réelle des apports, il faut comptabiliser dans le traité de fusion un compte d'ordre ou une provision pour perte de la période intercalaire⁸⁹¹. Cette provision permet de réduire la valeur des apports pour qu'elle ne soit pas supérieure à la valeur globale de la société⁸⁹². En d'autres termes, l'objet de cette provision est de couvrir l'appauvrissement subi par la société absorbée depuis le dernier exercice de cette société. L'Autorité des normes comptables (ANC)⁸⁹³ a adopté cette position en préconisant que la provision pour perte de rétroactivité doit être inscrite chez la société absorbante dans un sous-compte de la prime de fusion⁸⁹⁴. Ce denier doit être intégré à la prime de fusion après imputation de la perte de l'absorbée durant la période intermédiaire sur celui-ci⁸⁹⁵. L'AMF admet cette possibilité à la condition que les pertes figurent dans l'actif net de la société absorbante⁸⁹⁶.

318. Cette solution a été néanmoins critiquée par la doctrine⁸⁹⁷ en estimant que la constitution de telle provision risque de vider le sens de l'article L. 236-4 du Code de commerce disposant que les patrimoines des sociétés absorbées sont transférés aux sociétés bénéficiaires « dans l'état ou ils se trouvent à la date de réalisation définitive de l'opération ». Il en résulte que toute modification de parité d'échange demeure impossible, même si les résultats nets des sociétés en cause ont été changé tout au long la période intercalaire. C'est-à-dire, toute modification intervenue entre la date à laquelle ont été fixées les bases de l'opération et la date de réalisation définitive de la fusion.

Pour finir, la création des provisions réduisant le résultat net a donc pour conséquence de mettre obstacle à l'application des dispositions de l'article L. 236-4. Ainsi, quels que soient

sur cette question en affirmant que l'opération de vente des titres effectuée par l'absorbée « doit être rattachée non aux résultats de la société absorbée au titre de cette période, mais à ceux de la société absorbante au titre de son exercice en cours ». De ce fait, la plus-value réalisée doit être attachée aux résultats de l'absorbante car la date de prise d'effet de la vente des titres, sous conditions suspensive, est postérieure à la date de la réalisation de la fusion (CE, 26 janv. 2011, n° 312470, 8^e et 3^e s.-s., SA PPR).

⁸⁹¹ Bull. mens. COB, n° 145, février 1982, p. 6 ; J.-P. Bouère, Fusions et scissions - encore les "pertes intercalaires" ? : JCP E 1993, I, 258

⁸⁹² A. Bonnasse, préc, n° 51.

⁸⁹³ Rég. CRC n° 2004-01, 4 mai 2004, annexe 2, n° 8, relatif au traitement comptable des fusions et opérations similaires, disponible sur le site www.anc.gouv.fr.

⁸⁹⁴ V. P. Gastineau, Fusions et scissions de sociétés Apports partiels d'actifs.- Régime fiscal général des fusions, JCI Fisc. Impôts dir. Traité, 2004, n° 22.

⁸⁹⁵ J. Mestre et D. Velardocchio, préc, n° 1875, p. 922.

⁸⁹⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc, n° 975, p. 420 et s.

⁸⁹⁷ B. Solle, Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire : histoire d'un malentendu : RJDA 1992, p. 335 ; J.-P. Bouère, Fusion et scission. Le problème des résultats intercalaires : JCP E 1992, I, n° 163 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 83886.

les résultats des opérations intervenues au cours de la période de rétroactivité, ils sont par avance pris en compte pour le calcul du rapport d'échange des droits sociaux de la société absorbante contre ceux de la société absorbée. Or, l'existence d'une perte intercalaire ne conduit pas systématiquement à la constatation d'une provision⁸⁹⁸.

Les incertitudes relatives à la fixation de la date de la transmission universelle nous conduit à en résumer que le jour où la réalisation de la fusion devient définitive demeure la meilleure solution pour fixer une telle date. Celle-ci n'est pas susceptible de remonter dans le temps par une clause rétroactive insérée dans le traité de fusion.

La liberté de déterminer la date d'effet de la fusion est une particularité du droit français. Cette idée ne trouve pas de place en droit syrien.

B. La rigidité du droit syrien

319. En droit syrien, la loi sur les sociétés commerciales apporte une règle générale quant à la date d'effet de la fusion. Selon cette règle, la fusion produit ses effets dès la publication de la décision de l'assemblée générale au registre des sociétés. Néanmoins, cette règle s'impose aux sociétés parties à l'opération où elles n'ont pas de liberté de choisir une autre date d'effet (1°). Le défaut d'une telle liberté a des conséquences considérablement remarquables sur la période intercalaire. Cette dernière n'a pas été un sujet d'intérêt pour législateur et la doctrine. De fait, on s'interroge sur la possibilité d'adopter des dispositions du droit français relatives à la période intercalaire (2°).

1° Le défaut du choix de la date d'effet de la fusion

320. L'article 75-1 du Code des sociétés commerciales énonce une règle générale imposant aux sociétés parties, associés ainsi qu'aux tiers. Selon cette règle, les décisions

⁸⁹⁸ Avis CNC n° 2004-01, 25 mars 2004, repris dans le règlement n° 2004-1, préc.

prises par une société et concernant la fusion de celle-ci, doivent être publiées au registre des sociétés. Cet alinéa ajoute que ces décisions ne sont opposables envers la société, les associés et les tiers qu'après avoir fait l'objet d'une publicité. Autrement dit, lorsque l'opération de fusion concerne des sociétés existantes, elle prend son effet non pas à la date de la dernière assemblée générale ayant approuvé l'opération, comme en droit français, mais par la publication de la décision de l'assemblée générale au registre des sociétés.

321. Par contre, dans la fusion par création de société nouvelle, l'opération prend effet à la date d'immatriculation de la nouvelle société au registre des sociétés⁸⁹⁹. Il en résulte que la liberté donnée, en droit français, aux sociétés participantes de déterminer une date d'effet de la fusion est totalement absente en droit syrien. Ce dernier manque de souplesse quant à la fixation de date d'effet de l'opération de fusion. Le législateur syrien n'a pas consacré un minimum de liberté aux sociétés en présence, par rapport au législateur français, pour exprimer leur volonté dans la fixation d'une date d'effet de l'opération de fusion.

Cependant, puisque cette liberté de choisir une date d'effet n'est pas expressément interdite par le législateur syrien, alors pourquoi ne pas envisager en pratique une solution identique à celle adoptée en droit français ?

322. Pour répondre à cette question, il faut savoir s'il y a un obstacle qui empêche d'adopter cette solution par le législateur ou en pratique. Au premier abord, les opérations de fusion sont récemment envisagées en droit syrien par la loi n° 3 du 2008 modifiée par le décret n° 29 du 2011. Ensuite, la doctrine et la jurisprudence n'ont pas assez de temps pour réagir à cette situation avec les événements qui se déroulent en Syrie depuis 2011. Toutefois, puisque le législateur syrien consacre le principe de la liberté contractuelle⁹⁰⁰, cela n'empêche pas, à notre avis, les parties à la fusion d'insérer, dans le traité de fusion, une date d'effet différente de celle prévue par la loi. Autrement dit, les sociétés participantes à l'opération de fusion peuvent prévoir dans le traité de fusion une clause de rétroactivité permettant de simplifier sa réalisation. Les sociétés participantes peuvent donc donner un effet rétroactif à leur opération de fusion. En conséquence, on voit qu'il est possible d'adopter la solution prévue en droit français en donnant un effet rétroactif à l'opération de fusion en espérant que le législateur, ou la pratique, procède à adopter, dans les années à venir, une solution pareille.

⁸⁹⁹ L'alinéa 2 de l'article 218 du Code des sociétés. Dans le même sens, voir aussi l'instruction n° 8 de la circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007.

⁹⁰⁰ Art. 148-1, C. civ.

Puisqu'il est possible de donner un effet rétroactif à l'opération de fusion, la question se pose de savoir si on pourrait adopter les dispositions du droit français de fusion concernant la période intercalaire.

2° La question d'adopter les dispositions du droit français de fusion concernant la période intercalaire

323. Lorsque les sociétés parties à la fusion décideront de donner un effet rétroactif à l'opération, il y aura une période qui s'étend entre l'évaluation du patrimoine transmis et la réalisation définitive de la fusion, appelant la période intercalaire. Durant cette période, la situation active et passive de la société absorbée peut évoluer en fonction de ses activités. Cela signifie qu'au jour de la réalisation effective de la fusion, la situation financière de la société absorbée n'est pas la même qu'au jour de l'établissement du traité de fusion. Celle-ci peut, pendant la période intercalaire, réaliser des bénéfices ou subir des pertes. Dans ces conditions, on se demande si l'évolution du patrimoine de la société absorbée pendant la période intercalaire prise-elle en compte par la société absorbante ?

A priori, le Code des sociétés n'a pas apporté une solution à cette question. Toutefois, la circulaire du Ministère des finances du 31 décembre 2007 énonce que le rapport établi par une société de comptabilité doit contenir une évaluation réelle et effective des apports de la société fusionnée au moment de la fusion⁹⁰¹. On en découle que le patrimoine de la société absorbée se transfère, lors de la fusion, à la société absorbante dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération⁹⁰². L'absorbante reçoit donc le patrimoine de l'absorbée tel qu'il est au jour de la réalisation effective de la fusion.

Puisque le patrimoine de l'absorbée est, comme en droit français, transmis dans l'état où il se trouve à la date de la réalisation définitive de l'opération, est-il possible d'adopter les solutions appliquées en droit français à la période étendant entre la date de l'établissement du traité de fusion et la date de la réalisation définitive de la fusion. Autrement dit, la question se

⁹⁰¹ Instruction n° 10 de la circulaire du Ministère des finances du 31 déc. 2007.

⁹⁰² Ce point n'est pas expressément prévu par la circulaire du Ministère des finances, mais on l'en déduit, à notre avis, parallèlement au droit français.

pose de savoir si on pourrait adopter les solutions retenues en droit français quant à la période intercalaire.

324. Adopter les solutions appliquées en droit français à la période intercalaire par le droit syrien implique deux aspects. D'un côté, sur le plan comptable, que la société absorbante reprenne dans ses comptes les opérations actives et passives effectuées par la société absorbée durant la période intercalaire. De l'autre côté, sur le plan fiscal, l'absorbante peut englober dans ses résultats les bénéfices et les pertes réalisés par l'absorbée pendant cette période⁹⁰³. Cette solution paraît logique pour plusieurs raisons. En premier lieu, le patrimoine de l'absorbée ne disparaît pas du fait de la fusion : il se transmet à l'absorbante. Cette dernière bénéficie des droits et créances de l'absorbée avant la fusion et prend, corrélativement, en charge ses obligations et paie ses dettes. Ensuite, en second lieu, les créanciers sont protégés même si le patrimoine de celle-ci est transféré à la société bénéficiaire de la fusion. Ils peuvent exercer leurs droits sur le patrimoine de l'absorbante, dans lequel est fondu le patrimoine origine de leurs droits. Finalement, le non présence de telles solutions, retenues en droit français, en droit syrien est tout-à-fait normal dans la mesure où l'adoption des dispositions régissant la fusion comme opération de restructuration est récemment apparu dans notre société. En conséquence, on ne voit aucun obstacle qui empêche d'adopter ou d'emprunter ces solutions dans notre droit, notamment que la rétroactivité de la fusion est uniquement opposable aux sociétés parties à l'opération. Ainsi, l'adoption de ces solutions a pour conséquence de rendre le droit syrien plus souple en lui permettant de se rapprocher de l'évolution des droits des autres sociétés.

Par ailleurs, lorsque les sociétés parties à la fusion choisissent une date d'effet de l'opération, la question se pose de savoir à partir de quelle date la fusion devient opposable aux tiers.

⁹⁰³ Sous réserve que la date d'effet de la fusion ne remonte pas au jour de l'exercice de la société fusionnante pendant lequel l'opération est intervenue.

§II. L'opposabilité aux tiers du transfert du patrimoine

325. La transmission universelle de patrimoine est, en principe, opposable aux tiers lorsqu'elle est portée à leur connaissance par les sociétés candidates à l'opération de fusion. Pour ce faire, il faut des formalités appropriées de publicité. Ce principe échappe cependant à certaines formalités en raison de la transmission de l'universalité de patrimoine. Cette simplification de procédure existe aussi en droit français (A.) qu'en droit syrien (B.), mais une distinction doit être établie.

A. L'opposabilité de la transmission universelle en droit français

326. La fusion emporte, en principe, la transmission de plein droit de l'intégralité du patrimoine de l'absorbée au profit de l'absorbante. Par l'effet de ce principe, elle n'est pas soumise au régime de la cession des biens. En effet, le transfert de certains biens n'étant opposable aux tiers qu'après accomplissement de formalités particulières ne trouve pas application en matière de fusion. Le caractère universel du patrimoine transmis a pour conséquence de dispenser les sociétés en cause de l'obligation de signifier aux tiers la transmission des apports de l'actif⁹⁰⁴. Par voie de conséquence, la question de l'opposabilité aux tiers du transfert de propriété de certains biens effectué par la fusion ne devrait pas se poser⁹⁰⁵.

Le principe de transmission universelle du patrimoine trouve son application dans le cadre du transfert des créances de l'absorbée à l'absorbante. Ce transfert s'opère de plein droit et devient opposable aux tiers sans que les formalités de l'article 1690 du Code civil doivent être respectées⁹⁰⁶. La jurisprudence a précisé que « la société absorbante vient activement et passivement au lieu et place de la société absorbée » et que, par conséquent, les dispositions

⁹⁰⁴ D. Gibirila, Transformation, fusion, scission et prorogation, préc, n° 81.

⁹⁰⁵ J. Mestre et D. Velardocchio, Sociétés commerciales 2009, préc, n° 1878, p. 923.

⁹⁰⁶ « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur » ; CA Paris, 17 avr. 1976, Rev. sociétés 1977, p. 69, note Y. Guyon ; Cass. com., 1^{er} juin, 1993, n° 91-14740 : Bull. civ, IV, n° 214 ; Bull. Joly Sociétés 1993, p. 892, note J.-J. Daigre ; Lamy Droit du Contrat, L'opposabilité de la transmission du bail commercial n'exige pas le respect des formalités de l'article 1690 du Code civil, n° 430-37.

de l'article 1690 du Code civil relatives à la cession des créances ne sont pas applicables aux opérations de fusion qui comprennent de tels biens⁹⁰⁷. Cette solution trouve son explication dans le fait que l'opération de fusion entraîne la transmission universelle des apports, alors que l'article 1690 du Code civil concerne seulement la cession des créances⁹⁰⁸.

327. Toutefois, ce principe connaît des exceptions pour certains droits ou biens dont le transfert doit faire l'objet d'une publicité ; tel est le cas de l'apport d'un immeuble qui doit être soumise à publicité au service chargé de la publicité foncière⁹⁰⁹. En conséquence, la transmission d'un immeuble compris dans le patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante n'est opposable aux tiers qu'après l'avoir publié au service chargé de la publicité foncière⁹¹⁰. Il va de même pour l'apport de marque ou de brevet opéré au cours d'une fusion qui doit faire l'objet d'une publicité à l'Institut national de la propriété industrielle⁹¹¹. Or, tout transfert de brevet ou de marque consécutif à une fusion, doit faire l'objet d'une publication le rendant opposable aux tiers⁹¹². De même, il a été décidé qu'une société recevant des titres nominatifs ne peut opposer aux tiers ses droits sur ces titres qu'après avoir fait procéder, à son profit, à la transmission de ces titres sur le registre de la société émettrice⁹¹³.

328. Par ailleurs, lorsque l'apport concerne un fonds de commerce, l'article L. 141-21 du Code commerce prévoit une formalité particulière qui doit être respectée⁹¹⁴. Cette procédure est toutefois écartée en cas des fusions entre les sociétés anonymes, les sociétés en

⁹⁰⁷ Cass. com., 19 avr. 1972 : D. 1972, p. 538 ; Cass. civ., 25 avr. 1974 : Gaz. Pal. 1974, p. 635 ; Cass. civ., 11 mai 1977 : Bull. civ. II, n° 124 ; Cass. com., 1^{er} juin 1993, RDI 1993, p. 434, note G.B. de l'Isle et J. Derrupé, En cas de fusion de société, la transmission du bail n'est pas soumise aux formalités de l'article 1690 du code civil ; Cass. 2^e civ., 12 juill. 2001, n° 1390 : JCP E 2003, n° 281, note J.-J. Daigre.

⁹⁰⁸ Dans le même sens, v. R. Raffray, La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, préc., n° 105, p. 97 et s.

⁹⁰⁹ L'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques, entrée en vigueur au 1^{er} janv. 2013, et Le décret n° 2012-1462 du 26 décembre 2012 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010 portant suppression du régime des conservateurs des hypothèques et pour l'adaptation de la publicité foncière. Sur cette question, v. Ch. Laporte, Publicité foncière.- Publicité foncière des actes de procédure, JCl civ. 2014, n° 2.

⁹¹⁰ A. Charvériat, A. Couret, Th. Piquereau et B. Zabala, Mémento groupe de sociétés, préc., n° 4038.

⁹¹¹ Art. L. 714-7 et L. 613-9, al. 1^{er}, C. propr. intell. ; v. également CA Paris, 4^e ch., 5 juill. 1974, Bull. Joly Sociétés 1975, p. 661 ; CA Paris, 12 déc. 1997 : RJDA 4/98 n° 435 ; CA Paris, 4^e ch., A, 13 oct. 2004, n° 04-7508, RJDA 3/05, n° 266.

⁹¹² N. Morellej, Fusion absorption et sort des brevets, Pet. aff. 2006, n° 216, p. 17.

⁹¹³ Cass. com., 13 déc. 1967 : Bull. civ. III, n° 416.

⁹¹⁴ Cet article prévoit une publicité particulière à l'apport du fonds de commerce, que les créanciers de l'apporteur doivent faire la déclaration de leurs créances au greffe du tribunal de commerce du lieu de situation du fonds. Ainsi, l'article L. 141-22 ajoute que « A défaut par les associés ou l'un d'eux de former dans la quinzaine suivante une demande en annulation de la société ou de l'apport, ou si l'annulation n'est pas prononcée, la société est tenue, solidairement avec le débiteur principal, au paiement du passif déclaré ».

commandite par actions⁹¹⁵, les SAS⁹¹⁶ et les SARL⁹¹⁷. La jurisprudence a eu l'occasion de s'exprimer sur la fusion entre deux SARL en précisant que « le régime juridique de la fusion-absorption exclut (...) l'application des règles propres à la cession du fonds de commerce »⁹¹⁸. En revanche, cette mesure spéciale de publicité demeure pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple car l'article L. 141-21 du Code de commerce ne s'applique qu'aux opérations « soumises aux dispositions du quatrième alinéa de l'article L. 236-2 et des articles L. 236-7 à L. 236-22 », ce qui n'est pas le cas pour les opérations de fusion effectuées entre SNC et SCS⁹¹⁹. Dans ces conditions, la fusion effectuée sous la forme de société en nom collectif ou de société en commandite simple n'est opposable à l'égard des tiers qu'après l'accomplissement des formalités prévues au texte susmentionné⁹²⁰.

329. Par surcroît, dès que la fusion se traduit par des modifications statutaires et dissolution de sociétés, elle doit faire l'objet de mesures de publicité. A été jugé que « les actes modificatifs affectant une société ne sont opposables aux tiers que s'ils ont été publiés au registre du commerce et des sociétés, même s'ils ont fait l'objet d'une autre publicité légale »⁹²¹. Il en ressort que la transmission universelle du patrimoine n'est rendue opposable aux tiers qu'à compter de la publication au RCS peut importe les accords inclus dans la convention de fusion⁹²². Dans ces perspectives, la publication de la radiation de l'absorbée au BODACC⁹²³ et la publication de la fusion dans un journal d'annonces légales ne suffisent pas pour que la fusion produise ses effets vis-à-vis des tiers⁹²⁴. Une publication au RCS demeure donc obligatoire.

⁹¹⁵ Cette simplification s'applique, par assimilation, aux SCA (Art. L. 226-1, al. 2, C. com.).

⁹¹⁶ Cette mesure de simplification s'applique, par assimilation, aux SAS (Art. L. 227-1, al. 3, C. com.).

⁹¹⁷ Art. L. 141-21, C. com.

⁹¹⁸ CA Paris, 25^e ch. sect. B, 10 avr. 1986 : Bull. Joly Sociétés 1986, n° 6, p. 691 ; Rev. sociétés 1986, p. 428, note J.-J. Daigre.

⁹¹⁹ A. Lévi, Lamy Droit commercial 2014, n° 758 ; M. Chadeaux, La fusion de sociétés, préc, n° 224, p. 86.

⁹²⁰ X. Jaspar et N. Métais, Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et les contraintes afférentes à certains biens, préc.

⁹²¹ Cass. com., 29 juin 1993 : Bull. Joly Sociétés, 1993, n° 267, p. 914, obs. B. Saintourens ; Cass. com., 20 sep. 2011, n° 10-15068 : Bull. 2011, IV, n° 135 ; v. également M.-L. Coquelet, De quelques précisions sur la date d'opposabilité de la transmission universelle consécutive à la dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle, Bull. Joly Sociétés 2003, n° 2, p. 174.

⁹²² Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19222 : Bull. 2011, IV, n° 81 ; Dr. sociétés 2011, comm. 189, obs. R. Mortier ; cass. com., 11 sep. 2012, n° 11-11141, Bull. 2012, IV, n° 160 ; Bull. Joly Sociétés 2013, n° 1, p. 95, note J.-M. Bahans.

⁹²³ Les sociétés par actions et les SARL sont seulement concernées par cette mesure de publicité (art. L. 210-5, C. com.).

⁹²⁴ Cass. com., 23 janv. 2006, n° 05-16460, Rev. sociétés 2007, p. 531, note B. Saintourens ; J.-F. Barbiéri, Conditions de l'opposabilité aux tiers d'une dissolution par fusion-absorption, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 5, p. 616.

En tout état de cause, lorsque l'un des apports transmis fait l'objet d'une formalité spéciale, il devient opposable aux tiers à partir de la date à laquelle cette procédure est accomplie⁹²⁵.

B. La situation identique en droit syrien

330. L'opposabilité aux tiers de l'opération de fusion peut être traitée en droit syrien en deux points. Le premier point concerne la date à partir de laquelle le transfert de patrimoine de la société absorbée devient opposable aux tiers. Sur cette hypothèse, l'article 75-1 du Code des sociétés prévoit que la fusion n'est opposable aux tiers qu'après avoir fait l'objet d'une publicité au registre des sociétés. Cela revient à dire que la transmission intégrale de patrimoine de la société absorbée n'est opposable aux tiers qu'à compter de la publication de la décision de fusion au registre des sociétés⁹²⁶. C'est la conséquence naturelle de la fusion car elle entraîne des modifications statutaires et dissolution de sociétés. En respectant cette condition, on constate que le droit syrien se rapproche du droit français sur ce point.

331. En revanche, le second cas concerne la transmission de certains biens exigeant, pour qu'ils soient opposables aux tiers, l'accomplissement de formalités particulières. Normalement, ces formalités ne reçoivent pas application dans le cadre de fusion dans la mesure où cette opération emporte la transmission de plein droit de l'intégralité de patrimoine de la société absorbée à la société absorbante. En conséquence, le caractère universel de patrimoine transféré a pour effet de dispenser les sociétés parties à la fusion de l'obligation de signifier aux tiers le transfert des biens apportés⁹²⁷. Cependant, certains biens et droits font exception au principe de la transmission universelle de patrimoine et dont le transfert devant faire l'objet de publicité. Or, l'apport d'un immeuble, par exemple, n'est opposable aux tiers qu'après sa publication à la conservation des hypothèques⁹²⁸. En d'autres termes, lorsque le patrimoine de la société fusionnée comprend un immeuble, le transfert de ce dernier à la société fusionnante n'est opposable aux tiers qu'après publication à la conservation des

⁹²⁵ Cass. 1^{er} civ., 16 juill. 1986 : D. 1987, somm. p. 366, note Th. Hassler.

⁹²⁶ Art. 75-1, C. soc.

⁹²⁷ La transmission de patrimoine s'opère sans qu'il y ait lieu de respecter les formalités prévues à l'article 305 du Code civil.

⁹²⁸ V. art. 825-1, C. civ. Cette expression existe toujours en droit syrien alors qu'elle a disparue en droit français.

hypothèques. Cette mesure de publicité va aussi pour l'apport de brevet ou de marque. La transmission de ces apports de la fusionnée à la fusionnante nécessite leur publication au Département de la protection de propriété commerciale et industrielle⁹²⁹.

Pour finir, le droit syrien et français sont d'accord, pour que la transmission de patrimoine soit opposable aux tiers, sur la nécessité de la publicité de la fusion et de certains biens exigeant de formalités particulières.

332. Conclusion de la section I. Il est certain que le droit syrien ne s'éloigne pas du droit français quant à la date d'effet de la fusion. Mais, il est évident que cette question n'a pas été suffisamment soignée par le législateur syrien. Le droit syrien subit toujours des lacunes législatives en la matière. Il est rigide quant à la liberté donnée aux sociétés parties à l'opération de choisir une date d'effet à la fusion. En revanche, cette liberté a été consacrée par le législateur français. Mais, cela n'empêche pas le législateur syrien d'envisager des solutions similaires dans l'avenir. La fixation de la date de la fusion suppose que les formalités tenant aux modifications de sociétés soient effectuées. Elle dispense, en contrepartie, des formalités applicables au régime de la cession. La transmission universelle assure, sauf exception, le transfert de chaque bien contenu dans le patrimoine. La détermination de la date d'effet de l'opération de fusion exige que la société amenée à disparaître soit dissoute avant qu'elle transfère l'intégralité de son patrimoine au profit de la société bénéficiaire de la fusion. Cette dissolution a cependant un caractère particulier : elle n'est pas accompagnée d'une liquidation de la société en cause.

⁹²⁹ Art. 50 et 100 de la loi n° 8 du 6 mars 2007 sur la protection des marques distinctives, des desseins et des brevets industriels.

Section II. La dissolution sans liquidation de la société absorbée

333. Logiquement, la nature d'une opération de fusion amène à l'absorption d'une société par une autre. La fusion absorption nécessite donc la dissolution de la société absorbée et la continuation de la société absorbante. La dissolution de l'absorbée emporte naturellement la disparition de sa personnalité morale (§I). Néanmoins, cette dissolution est de nature spécifique : la dissolution ne conduit pas à la liquidation de la société absorbée. La fusion se caractérise par l'absence de la liquidation de la société absorbée (§II).

§I. La disparition de la personnalité morale de la société absorbée

334. La dissolution d'une société met fin à la structure sociale en cause et amène à la disparition de son patrimoine. La dissolution peut être le résultat d'un acte volontaire d'un ou des associés ou de la volonté du législateur. En matière de fusion, les sociétés parties à l'opération décident de se rapprocher et de se concentrer. En droit français, l'article 1844-7 du Code civil réunit les causes de dissolution communes à toutes les sociétés⁹³⁰. Il énumère, à cet effet, des causes de dissolution prononcées de plein droit par le législateur et des causes de dissolution provoquées par le juge ou par les associés⁹³¹. Comme cause de dissolution, la

⁹³⁰ Il y a en revanche des causes de dissolution propres à certains types de sociétés. On peut en citer par exemple, le décès d'un associé dans SNC, sauf clause contraire, met fin à sa vie sociale (art. L. 221-15, C. com.). Ainsi, lorsque le nombre d'actionnaires, dans une SA, est inférieur à sept, cela considère comme une cause de dissolution de cette société (art. L. 225-247, al. 1^{er}, C. com.). Et pour la SARL, cette dernière se dissout dès que le nombre d'associés dépasse le plafond de cent (art. L. 223-3, C. com.).

⁹³¹ Le dispositif énonce que la société prend fin par l'expiration du temps pour lequel elle a été constituée (art. 1844-7, 1^o, C. civ.). Cette règle a été confirmée par la Cour de cassation dans son arrêt du 31 janvier 2012 en précisant que « en l'absence de toute prorogation expresse ou tacite de sa durée, la SNC, dissoute par l'arrivée de son terme, aurait dû être représentée par un liquidateur... » (Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24715 : Bull. 2012, IV, n° 12 ; voir également Ch. Lebel, Une société dissoute par l'arrivée de son terme et en l'absence de prorogation, Lexbase, éd. aff. 2012, n° 289, p. 2). La société est constituée pour une durée qui ne doit pas dépasser quatre-vingt-dix-neuf ans à compter du jour de son immatriculation (Art. L. 210-2 et R. 210-2, C. com.). Toutefois, la société peut être prorogée une ou plusieurs fois pour une durée, au maximum, de quatre-vingt-dix-neuf ans. Ensuite, la société prend fin par la réalisation ou l'extinction de son objet (art. 1844-7, 2^o, C. civ.). L'objet de la société se réalise lorsque l'opération pour laquelle cette dernière a été constituée se trouve achevée (D. Gibrila, La réalisation de l'objet social, cause de dissolution d'une société, Lexbase, éd. aff. 2012, n° 320, p. 2). Ainsi, la société prend fin par l'annulation de son contrat (art. 1844-7, 3^o, C. civ.). Lorsque la société ne respecte pas les conditions de sa formation, elle sera annulée. Lorsque la nullité de la société est prononcée, elle met fin, sans rétroactivité, à l'exécution du contrat (art. 1844-15, al. 1^{er}, C. civ.). En effet, la

fusion a été envisagée par des textes spécifiques dans le Code civil et le Code de commerce (A.). En revanche, le législateur syrien a opté pour les règles de droit commun pour régir la dissolution sans liquidation de la société absorbée (B.).

A. L'existence de textes spécifiques en droit français

335. L'article 1844-7 du Code civil énumère donc les causes de dissolution communes à tous les sociétés. De fait, la question se pose de savoir si la fusion peut être une cause de dissolution de la société partie à l'opération envisagée.

A priori, l'article 1844-7 du Code civil n'énumère pas expressément la fusion comme cause de dissolution de la structure juridique. Toutefois, l'article 1844-8 du Code civil décide que la dissolution d'une société, hormis le cas de fusion, emporte sa liquidation⁹³². Autrement dit, la fusion échappe à la liquidation lorsque la société se dissout suite à son absorption par une autre société. Par voie de conséquence, même si l'article 1844-7 ne cite pas expressément la fusion comme cause de dissolution de la société, cette opération peut être considérée une cause de dissolution conformément aux dispositions de l'article 1844-8 du Code civil⁹³³. Cette solution nous paraît logique parce que la société absorbée se retrouve dans la société absorbante malgré son disparition juridique du fait de la fusion. C'est-à-dire, il y a une certaine survivance de la société amenée à disparaître dans le cas de fusion, ce qui explique que la fusion n'a pas pour conséquence d'engendrer la liquidation de cette société.

336. Ce principe a été repris par le Code de commerce dans l'article L. 236-3-I. En

société va être liquidée conformément aux dispositions de ses statuts (art. L. 235-10, C. com.). De même, la société prend fin par la réunion de toutes les parts ou actions en seule main. Cependant, cette cause ne conduit pas à la dissolution automatique de la structure juridique en cause. Le législateur accorde à la société un délai d'un an pour qu'elle opère sa régularisation (Art. 1844-5, C. civ. sur renvoi de l'art. art. 1844-7, 6°, C. civ.). En revanche, il faut souligner que la dissolution pour réunion de toutes les parts entre les mains d'un associé unique ne s'applique pas aux EURL (art. L. 234-4, C. com.) et aux SASU (art. L. 227-4, C. com.). Aussi, la dissolution automatique d'une société peut résulter d'un jugement ordonnant sa liquidation judiciaire (Cass. com., 3 juin 1997, Bull. Joly 1997, n° 284, obs. J.-M. Calendini). La société prend fin pour toute autre cause prévue par les statuts (art. 1844-7, 8°, C. civ.). Elle prend également fin par la dissolution anticipée décidée par les associés (art. 1844-7, 4°, C. civ.). De même, la dissolution anticipée de la société peut être prononcée par le tribunal à la demande d'un associé pour juste motifs (Art. 1844-7, 5°, C. civ.).

⁹³² J.-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 791, p. 338.

⁹³³ Art. 1844-8, al. 1^{er}, C. civ.

application des dispositions de cet article, la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent. En effet, ce dispositif explique que la fusion est considérée comme cause de dissolution de la société amenée à disparaître. Cependant, la fusion ne peut pas assimiler aux autres causes de dissolution quant aux effets de dissolution. Concernant les effets des causes de dissolution énumérées à l'article 1844-7 du code civil, la personnalité morale de la société dissoute subsiste pour les besoins de la liquidation⁹³⁴. La dissolution implique donc obligatoirement la liquidation de la société appelée à disparaître⁹³⁵. En revanche, la personnalité morale de la société absorbée disparaît du fait de la fusion. En d'autres termes, la fusion emporte la dissolution immédiate de la société en cause sans survie de sa personnalité juridique pour les besoins de la liquidation⁹³⁶. La société absorbée ne peut pas donc être liquidée suite à la fusion.

La disparition de la société absorbée est également une conséquence essentielle de la fusion en droit syrien, mais elle n'a pas été énoncée dans le chapitre qui définit le régime juridique applicable à la fusion.

B. L'absence de dispositions particulières en droit syrien

337. Le droit de fusion n'est pas à l'abri de l'influence exercée par le droit commun des sociétés. En cas d'absence de dispositions particulières en matière de fusion, on doit recourir au droit commun pour régir la situation. La dissolution des sociétés, appelées à disparaître, parties aux fusions en fait illustration. Comme le droit français, le droit syrien a énuméré les causes selon lesquelles une société peut être dissoute⁹³⁷. Cependant, au contraire du Code de

⁹³⁴ Art. 1844-8, al. 3, C. civ.

⁹³⁵ Art. 237-2, C. com.

⁹³⁶ Disparition de la société, cours disponible sur le site www.cours-univ.fr, p. 4.

⁹³⁷ Le Code des sociétés a énuméré les causes selon lesquelles la société peut être dissoute. On distingue, en droit syrien, entre les causes de dissolution communes à toutes les sociétés et celles propres à certaines sociétés. Quant aux causes de dissolution communes à toutes les sociétés, l'article 18 du Code des sociétés énumère les causes de dissolution pouvant être prononcées à l'égard de la société. De prime abord, la dissolution de la société peut résulter de l'expiration du temps pour lequel la société a été constituée. Contrairement au droit français, le législateur syrien n'a pas fixé une durée maximum pour la société commerciale. Il a laissé aux parties la liberté de déterminer cette durée. De fait, la société peut être constituée pour une durée indéterminée (art. 89-1, C. soc.). La dissolution peut également résulter de la réalisation de l'objet de la société (art. 18-2, C. soc.). La dissolution d'une société peut d'ailleurs résulter d'un jugement prononçant sa dissolution (art. 18-5, C. soc.). Il en va ainsi pour la société en liquidation judiciaire, cette

commerce français, la fusion n'a pas été prévue, comme une cause de dissolution des sociétés, dans les dispositions régissant les opérations de fusion. L'article 18 du Code des sociétés précise que la dissolution d'une société peut résulter de la fusion de celle-ci avec une autre société⁹³⁸. Donc, ce qui distingue le droit français de celui syrien est que le premier mentionne expressément la fusion comme une cause principale de dissolution des sociétés dans le chapitre VI portant sur les opérations de fusion, ce qui n'est pas le cas pour le second. En conséquence, la dissolution d'une société du fait d'une fusion échappe à sa liquidation⁹³⁹. En d'autres termes, la disparition de la société fusionnée exclut l'hypothèse de la période de liquidation par laquelle la société passe lorsqu'elle se dissout pour une autre cause que la fusion. La fusion est donc une cause de dissolution expressément prévu par le législateur pour les sociétés commerciales. De fait, cette opération n'est pas assimilée aux autres causes de dissolution en ce qui concerne les effets de dissolution. Les causes de dissolution mentionnées à l'article 18 du Code des sociétés ont pour conséquence la survie de la société appelée à disparaître pour les besoins de sa liquidation. Dans ce cas, la dissolution entraîne nécessairement la liquidation de la société dissoute. En contrepartie, la personnalité morale de la société absorbée disparaît totalement lors de la fusion. Cela signifie que la fusion entraîne la dissolution immédiate de la absorbée sans qu'il y a survie de sa personnalité morale pour les besoins de sa liquidation. La dissolution ne conduit pas donc à la liquidation de la société absorbée lors de son absorption⁹⁴⁰.

dernière est automatiquement dissoute en cas d'existence d'un jugement ordonnant sa liquidation judiciaire (Art. 18-6, C. soc.). Finalement, la société prend fin lorsque le nombre des associés est inférieur au minimum exigé par la loi. Dans ce cas, la société doit régulariser sa situation dans six mois à compter de sa signification par le Ministère de l'économie et du commerce (A. Jajan, *Aperçu du droit des sociétés*, conférence à propos du nouveau Code des sociétés, faculté de droit, Idleb, 27 mai 2008). D'ailleurs, pour les causes de dissolution propres à certaines sociétés, celles-ci concernent les sociétés de personnes. Ces causes sont liées directement à des événements touchant personnellement les associés de la société en cause. Dans ces sociétés, le caractère personnel de chaque associé est primordial pour la constitution de la société. L'intuitu personae est donc une condition nécessaire pour la survie de la société (J. Meknass, *Les sociétés commerciales*, préc, p. 84). Par voie de conséquence, le décès d'un associé entraîne, sauf clause contraire prévoyant sa continuation, la dissolution de la société (art. 496-2 et 3, C. civ. et, pour la SNC, art. 40-1, C. soc.). De même, à défaut d'une décision unanime des associés ou de dispositions prévoyant la continuation de la société, l'incapacité ou la faillite d'un associé entraîne la dissolution de la société (art. 39-1, C. soc.).

⁹³⁸ Art. 18-6, C. soc.

⁹³⁹ M. Alareeni, *Les sociétés commerciales*, préc, n° 372, p. 407.

⁹⁴⁰ M. Ismaël, *La fusion en droit des sociétés jordanien*, préc, p. 45.

§II. L'absence de la liquidation de la société absorbée : conséquence identique en droit français et syrien

338. La dissolution d'une société entraîne, pour quelque cause que ce soit, immédiatement sa liquidation⁹⁴¹. La liquidation est donc la conséquence de dissolution et présente l'ensemble des opérations ayant pour objet de faciliter et préparer le partage des éléments d'actif de la société concernée⁹⁴². Cependant, la fusion échappe à cette lourde conséquence : elle se caractérise par l'absence de la liquidation de la société appelée à disparaître. Cette exclusion vaut aussi bien pour la liquidation amiable (1°) que la liquidation judiciaire (2°).

A. L'exclusion de la liquidation amiable

339. La liquidation amiable est issue, en droit français, des articles 1844-8 et suivants du Code civil⁹⁴³ et des articles L. 237-1 et suivants du Code de commerce⁹⁴⁴. Elle est également régie, en droit syrien, par les articles 502⁹⁴⁵ et suivants du Code civil et les articles 20 et suivants du Code des sociétés. Elle est engagée par la volonté des associés exprimée soit dans les statuts, ou bien lors de l'assemblée générale décidant la dissolution de la société⁹⁴⁶, sous réserve de respecter certaines dispositions impératives⁹⁴⁷. Après paiement de tout le passif social, la liquidation amiable débouche sur un partage de l'actif net entre les associés⁹⁴⁸. Par conséquent, la liquidation dite « amiable » est la conséquence naturelle de dissolution en permettant de liquider la société dissoute. Par exception, la fusion est loin d'être subie par cette conséquence. Cette opération entraîne obligatoirement la dissolution de la société

⁹⁴¹ En droit français, art. 1844-8, al. 1^{er}, C. civ. et art. L. 237-2, al. 1^{er}, C. com. et en droit syrien, art. 19, C. soc.

⁹⁴² Art. 25, C. soc. ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 86500 ; B. Saintourens, *Société civile*, D. 2012, n° 180.

⁹⁴³ Ces dispositions sont également applicables à la liquidation judiciaire.

⁹⁴⁴ Sont applicables, les dispositions des articles L. 237-1 à L. 237-13, C. com.

⁹⁴⁵ Art. 502-1, C. civ.

⁹⁴⁶ H. Faro'on, *Le droit commercial*, préc, n° 582, p. 389.

⁹⁴⁷ Les dispositions des articles R. 237-1 à R. 237-9, C. com. trouve ici application (J.-E. Kuntz, *La liquidation amiable : une procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000 ?*, Bull. Joly Sociétés 2009, n° 3, p. 308 ; CCI de Lyon, *Cessation d'activités amiable et judiciaire*, 2013, disponible sur le site www.lyon.cci.fr, p. 5).

⁹⁴⁸ F.-X. Lucas, *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés*, Petites aff. 2009, n° 71, p. 42.

appelée à disparaître. Mais, cette dissolution est de nature spécifique n'ayant pas pour conséquence la liquidation de la société dissoute⁹⁴⁹. En effet, contrairement aux autres causes de dissolution, il n'y pas lieu, en cas de fusion, de procéder à la liquidation de la société amenée à disparaître, ni, en conséquence, de désigner un liquidateur⁹⁵⁰. En d'autres termes, la liquidation d'une société s'impose dès que sa dissolution a été prononcée, mais, cela en va autrement dans le cadre de fusion. Cette opération entraîne instantanément la dissolution et la transmission universelle du patrimoine de la société dissoute au profit de la société bénéficiaire de l'opération⁹⁵¹. De ce fait, comment peut-on liquider une société dont son patrimoine est transféré à une autre société ? La liquidation amiable ne trouve pas application dans le cadre de fusion. L'opération de fusion échappe donc à la liquidation dite « amiable » et exclut cette dernière de son champ d'application.

Ce n'est pas seulement la liquidation amiable est exclu du champ d'application de la fusion. Cette opération se caractérise également par l'absence de la liquidation judiciaire de la société dissoute.

B. L'exclusion de la liquidation judiciaire

340. En droit français, la liquidation judiciaire est régie par les articles L. 237-14⁹⁵² et suivants et L. 640-1 et suivants du Code de commerce⁹⁵³, alors qu'en droit syrien les dispositions applicables à la liquidation amiable reçoivent application en matière de liquidation judiciaire⁹⁵⁴. La liquidation judiciaire trouve application en cas d'absence de convention conclue entre les parties ou de défaut de clauses statutaires⁹⁵⁵. Elle s'applique également à la demande d'associé ou de créanciers sociaux sur décision judiciaire⁹⁵⁶. La liquidation judiciaire est destinée à « mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le

⁹⁴⁹ Art. L. 236-3, I, C. com. ; voir également P. Mousseron et L. Chatain-Autajon, *Droit des sociétés*, éd. Joly et Lextenso, 2011, n° 433, p. 347 ; L. Alfayoumi, *les effets de fusion des sociétés anonymes*, préc, p. 48.

⁹⁵⁰ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82591.

⁹⁵¹ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 86501.

⁹⁵² Les articles R. 237-10 à R. 237-18 (C. com.) s'appliquent aussi à la liquidation judiciaire.

⁹⁵³ Les articles L. 640-1 à L. 640-6 (C. com.) sont créés par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, alors que les articles L. 641-1 à L. 644-5 (C. com.) sont issus de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

⁹⁵⁴ Les articles 502 et suivants du Code civil et les articles 20 et suivants du Code des sociétés sont applicables à la liquidation judiciaire.

⁹⁵⁵ Art. 20-1, C. soc.

⁹⁵⁶ J.-E. Kuntz, préc, n° 17.

patrimoine du débiteur par une cessation globale ou séparée de ses droits et de ses biens »⁹⁵⁷. La liquidation judiciaire relève donc de la seule compétence du juge, alors que la liquidation amiable résulte de la décision des associés⁹⁵⁸.

Puisque la liquidation judiciaire a pour but de liquider la société en cause, elle s'oppose à la fusion. Comme la liquidation, la fusion est la conséquence de dissolution de la société qui disparaît, mais elle entraîne la transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante. En revanche, en cas de liquidation, la règle de la transmission à titre universel du patrimoine est écartée : le patrimoine de la société en cause sera liquidé et partagé, après désintéressement des créanciers, entre les associés. Par voie de conséquence, dans le cadre de liquidation judiciaire, la dissolution est obligatoirement suivie de liquidation. Tandis qu'en cas de fusion, il n'y a pas lieu à liquidation : la dissolution n'est pas suivie de liquidation. La liquidation judiciaire s'oppose donc au principe de la transmission universelle de patrimoine.

Pour résumer, la nature de l'opération de fusion s'oppose à celle de liquidation : il n'y a pas de survie de la personnalité morale de la société partie aux fusions pour les besoins de la liquidation. Cette dernière est totalement exclue lorsqu'on est en présence de deux ou plusieurs sociétés intervenant dans fusion.

341. Conclusion de la section II. Il a été établi que la dissolution sans liquidation de la société absorbée est une conséquence essentielle de l'opération de fusion. Cette conséquence est identique en droit français et en droit syrien. Elle a cependant été consacrée en droit français par des textes spécifiques. Les dispositions applicables à la dissolution sans la liquidation figurent dans le chapitre VI portant sur la fusion des sociétés. En revanche, cette conséquence a été régie en droit syrien par les règles de droit commun. L'application de ces dispositions suppose naturellement l'éviction de la liquidation amiable et judiciaire de la société absorbée. La transmission universelle de son patrimoine s'oppose à de telle liquidation.

⁹⁵⁷ Art. L. 640-1, al. 2, C. com. ; voir aussi, M.B. Salgado, Droit des entreprises en difficulté, éd. Bréal, 2007, p. 15 ; M. Amawi, La liquidation des sociétés de personnes, 5 déc. 2014, p. 281, disponible sur le site www.amawi.info.

⁹⁵⁸ K. Leroux, Liquidation judiciaire ou liquidation amiable, quelle procédure choisir ? 2013, article disponible sur le site www.juritravail.com.

Dans cette logique, la fusion n'entraîne pas seulement la dissolution de la société absorbée, elle implique, en outre, la transmission à titre universel de son patrimoine à la société bénéficiaire de l'opération.

Section III. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée

342. La transmission à titre universel du patrimoine de la société amenée à disparaître à la société absorbante est une conséquence essentielle de l'opération de fusion. Lorsque la société fait l'objet d'une opération de fusion, elle doit transférer son patrimoine à la société bénéficiaire de l'opération envisagée. Autrement dit, la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante ou la société nouvelle créée à cet effet. Cette affirmation trouve sa source, en droit français, dans l'article 1844-4 du Code civil⁹⁵⁹, l'article L. 236-3-I du Code de commerce et, en droit syrien, l'article 222 du Code des sociétés⁹⁶⁰. Dans ces textes, la transmission de patrimoine est expressément prévue et considérée comme une conséquence essentielle de la fusion. Le trait caractéristique de cette transmission universelle réside dans le transfert global des éléments d'actif (§I) et de passif (§II) qui composent cette universalité.

§I. La transmission des éléments d'actif du patrimoine de la société absorbée

343. L'opération de fusion implique le transfert de l'ensemble de l'actif de la société absorbée au profit de la société absorbante. Il ressort de cette caractéristique que tous les droits, créances et contrats sont, en principe, transmis à la société absorbante. Il faut alors une appréhension de ce principe (A.) qui subit néanmoins certaines exceptions (B.).

⁹⁵⁹ Même si ce dispositif prévoit la « transmission » non pas la « transmission universelle ». Ainsi, la transmission universelle du patrimoine est également énoncée, comme un effet de la fusion, à l'article 14, point 1, a) de la directive n° 2005/56 du 26 octobre 2005.

⁹⁶⁰ Selon cet article, la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine des sociétés qui disparaissent aux sociétés bénéficiaires.

A. L'appréhension du principe de la transmission de l'actif

344. L'appréhension du principe de la transmission de l'actif signifie que tous les biens qui composent l'actif de la société absorbée sont transmis, de plein droit, selon les modalités prévues dans le traité de fusion et sans qu'il y a lieu de respecter les formalités spécifiques prévues en droit commun⁹⁶¹. La Cour de cassation n'a pas appliqué l'article 1690 au motif que la société absorbante succède activement et passivement la société absorbée. Le texte s'applique à des transferts à titre particulier, tandis que la fusion s'explique en une transmission de l'intégralité du patrimoine⁹⁶².

En effet, ce mode de concentration fait de la société absorbante successeur aux actifs de la société absorbée. Autrement dit, la transmission de l'actif de cette dernière à la société absorbante « ne peut être considérée comme une cession isolée faite à un tiers »⁹⁶³. Cela explique, d'une part, que la jurisprudence et la doctrine française jouent un rôle efficace quant à l'étendue de la règle de la transmission de l'actif (1°) et, d'autre part, la prédominance du droit commun dans la transmission des éléments d'actif en droit syrien (2°).

1° L'étendue de la règle générale de la transmission de l'actif en droit français

345. La fusion n'est pas considérée comme cession des actifs de la société absorbée à la société absorbante car le patrimoine est incessible⁹⁶⁴. Comme la succession de la personne

⁹⁶¹ En droit français, art. 1690, C. civ. et en droit syrien, art. 305, C. civ. Selon cet article, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers qu'après la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ». Ainsi, en ce qui concerne la cession de fonds de commerce, v. Cass. com., 1^{er} juin 1993, n° 91-14.740 : Bull. 1993, IV, n° 214, p. 153 ; Bull. Joly Sociétés 1993, p. 892 ; Cass. 3^e civ., 19 févr. 1997, n° 95-14.826 : JurisData n° 1997-000741 ; voir également G. B. de l'Isle et J. Derruppé, En cas de fusion de société, la transmission du bail n'est pas soumise aux formalités de l'article 1660 du Code civil, RDI 1993, p. 434.

⁹⁶² J. Prigent, La transmission du bail commercial en cas de dissolution de la société unipersonnelle, Lamyline, La revue des Loyers, 2005, n° 854 ; Th. Guilleminet, T.U.P et cession de bail commercial, 7 déc. 2012, disponible sur le site <https://avocats.fr/space/thierry.guilleminet>.

⁹⁶³ J-P. Bertrel et M. Jeantin, préc, n° 780, p. 334 ; voir aussi Cass. com., 19 avril 1972, Bull. civ. IV, n° 115.

⁹⁶⁴ J. Bonnard, Droit des sociétés, 10^e éd. Hachette, 2013, p. 77. En ce sens, voir également Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691, Bull. 2009, IV, n° 71.

physique⁹⁶⁵, la fusion entraîne le transfert universel du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante⁹⁶⁶. Or, cette dernière succède à la société absorbée dans ses droits et obligations ; elle reçoit, à titre universel, tous les biens de la société absorbée, notamment son fonds de commerce, ses immeubles et ses créances⁹⁶⁷. De plus, tous les contrats passés par la société absorbée avec les tiers sont automatiquement transmis à la société absorbante⁹⁶⁸. En d'autres termes, la société absorbante devient partie aux contrats conclus par la société absorbée sans que les contractants ne puissent y opposer⁹⁶⁹. La société absorbante devient, par exemple, créancière des débiteurs de la société qui disparaît, l'acquisition de ces créances comprend les accessoires tels que les hypothèques et les privilèges⁹⁷⁰.

346. Par ailleurs, la société absorbante substitue, malgré toute stipulation contraire, à la société absorbée dans tous les droits et obligations découlant d'un bail commercial⁹⁷¹. Dans ce cas, la société absorbante devient locataire avec les mêmes droits et obligations à la place de la société absorbée⁹⁷². Cette opération n'est pas en effet considérée comme cession de bail dans le cas où elle ne fait pas l'objet d'une signification au bailleur pour lui être opposable, ainsi, l'absence de cette signification ne conduit pas à la résiliation du contrat de bail⁹⁷³. Cependant, le bailleur a le droit d'opposition à l'opération de fusion comme un créancier ordinaire de la société partie à la fusion⁹⁷⁴. Enfin, le transfert universel du patrimoine entraîne

⁹⁶⁵ « La société absorbante succède à la société absorbée comme l'héritier succède au défunt » : Y. Guyon, *Droit des affaires*, préc., n° 635, p. 689.

⁹⁶⁶ « C'est le patrimoine tout entier qui se transmet comme en cas de décès d'une personne physique et n'est pas les biens sociaux envisagés isolément » : Y. Guyon, préc., n° 624, p. 669 ; voir aussi, E. Casimir, *Fusion et cautionnement*, mémoire soutenue sous la direction de D. Bureau, université Panthéon Assas (Paris II), 2006, p. 4.

⁹⁶⁷ J. Bonnard, préc., p. 78.

⁹⁶⁸ O. Barret, *A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société*, Mélanges M. Jeantin, D. 1999, p. 109.

⁹⁶⁹ M. Jeantin, *La transmission universelle du patrimoine d'une société*, préc.

⁹⁷⁰ Voir l'article 1692 du Code civil ; P. Didier et Ph. Didier, préc., n° 1455, p. 1033. Sur ce point, la chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt rendu le 10 juillet 2007, que « même en l'absence de mention de la clause de garantie de passif dans le traité de fusion, une société absorbante est de plein droit substituée dans l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée par l'effet de la fusion absorption. De ce fait, en l'absence de stipulation contractuelle contraire, une société absorbante peut se prévaloir de la clause de garantie stipulée en faveur d'une société absorbée » : Cass. com., 10 juill. 2007, n° 05-14358, Bull. 2007, IV, n° 192 ; A. Bideau, *Droit des sociétés*, Brèves Lamy Lexel, nov. 2007, p. 3, disponible sur le site www.lamy-lexel.com ; en ce sens, voir aussi CA Paris, 20 oct. 2005 : BJD, n° 282.

⁹⁷¹ Art. L. 145-16, al. 2, C. com. ; en ce sens, voir Cass. com., 1^{er} juin 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, note J.-J. Daigre, p. 892 ; Cass. com., 3 mai 2007 : Juris-Data n° 2007-038654 ; Dr. sociétés 2007, comm. 129, obs. H. Lécuyer.

⁹⁷² Voir l'article R. 236-10, C. com.

⁹⁷³ P. Didier et Ph. Didier, préc., n° 1450, p. 1030.

⁹⁷⁴ CA Paris, 14 mars 1991 : Bull. Joly 1991, p. 500, note M. Jeantin ; Cass. com., 1^{er} juin 1993, préc. : « Les

la transmission des condamnations judiciaires, prononcées au profit de la société absorbée, à la société absorbante⁹⁷⁵. En ce sens, la Cour de cassation a jugé, dans son arrêt du 21 octobre 2008, que « en sa qualité d'ayant cause universel de la société absorbée, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci »⁹⁷⁶. La société absorbante peut donc poursuivre les instances engagées par la société absorbée avant l'opération de fusion, la dissolution de cette dernière ne peut pas mettre fin aux instances en cours⁹⁷⁷. De même, la Haute juridiction admet que la société absorbante peut se constituer partie civile et demander la réparation du dommage découlant d'actes délictueux commis par l'un des dirigeants de la société absorbée et au préjudice de celle-ci⁹⁷⁸.

En revanche, ce rôle de doctrine et de jurisprudence n'a pas encore vu la lumière en droit syrien. Il en ressort que le domaine de la transmission de l'actif est soumis aux règles du droit commun.

formalités prescrites par l'art. 1690 c. civ. en matière de transport de créances ou de droits ne sont pas requises en ce cas, seul un droit d'opposition étant ouvert aux créanciers des sociétés participant à l'opération de fusion » ; en ce sens, voir aussi Recueil Dalloz, La fusion par absorption d'une société ne s'analyse pas en une cession de bail commercial, D. 1993, p. 153.

⁹⁷⁵ M. Chadeaux, préc, n° 643, p. 129.

⁹⁷⁶ Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-19102, Bull. 2008, IV, n° 174; Recueil Dalloz, Transmission universelle de patrimoine: effets procéduraux, D. 2008, p. 2792. Ainsi, dans son arrêt du 18 février 2004, pour répondre aux droits de la société absorbante en paiement de créance prononcée au profit de la société absorbée, la Cour de cassation a confirmé que « la société absorbante, qui avait recueilli par l'effet de la fusion l'intégralité du patrimoine de la société absorbée, pouvait en qualité d'ayant cause universel se voir opposer la chose jugée à l'égard de cette société » : Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-11453, Bull. 2004, IV, n° 39, p. 36 ; voir aussi Recueil Dalloz, Transmission universelle du patrimoine et autorité de la chose jugée, D. 2004, p. 640.

⁹⁷⁷ Cass. 2^e civ., 8 juill. 2004, sté Vidéopole c/ Coquard : RJDA 2/2005, n° 144.

⁹⁷⁸ Cass. crim., 25 mai 1987 : Bull. crim. 1987, n° 215 ; Cass. crim. 22 juin 1988, JCP E 1989, II, 15517, n° 13, note A. Viandier ; Dr. sociétés 1988, n° 295 ; Cass. crim. 6 févr. 1996, Bull. Joly 1996, p. 409, n° 144, note J.-F. Barbiéri ; CA Paris 24 mars 1995, Dr. sociétés 1995, n° 150 ; Cass. crim. 2 avr. 2003, Bull. crim. n° 83 ; Cass. crim. 7 avr. 2004, RJDA 2004, n° 1118 ; Dr. sociétés 2004, n° 156, note R. Salomon ; Cass. 2^e civ. 8 juill. 2004, Bull. civ. II, n° 399.

2° En droit syrien : la prédominance du droit commun

347. L'application du principe de la transmission universelle de patrimoine signifie que les éléments d'actif de l'absorbée sont transférés automatiquement à l'absorbante. Cela veut dire que tous les biens composant l'actif de l'absorbée sont transmis de plein droit selon les modalités prévues dans le traité de fusion⁹⁷⁹. Naturellement, cette conséquence résulte de l'article 222 du Code des sociétés qui prévoit que la société absorbante est considérée comme ayant cause à titre universel de la société absorbée dans tous ses droits et obligations⁹⁸⁰. Cette solution trouve son origine dans le droit commun où l'héritier succède au défunt dans tous ses droits et obligations⁹⁸¹. En transposant cette règle au droit de fusion, la transmission d'actif s'opère sans qu'il y ait lieu de respecter les formalités prévues à l'article 305 du Code civil⁹⁸².

Il s'ensuit que la société absorbante succède à la société absorbée dans tous ses droits et reçoit, à cet effet, tous les biens, y compris les immeubles, le fonds de commerce et les créances⁹⁸³. Dans ces conditions, les contrats conclus par l'absorbée avec les tiers sont automatiquement transmis à l'absorbante. Cela veut dire que cette dernière devient partie aux contrats passés par l'absorbée sans aucune opposition des contractants. A titre d'exemple, l'absorbante devient créancière des débiteurs de l'absorbée. Dans ce cas de figure, le transfert de créance comprend automatiquement les accessoires comme les hypothèques et les privilèges⁹⁸⁴. De la même façon, dans les contrats de baux commerciaux, la société absorbante se substitue à la société absorbée dans tous les droits et obligations qu'ils en découlent. De ce

⁹⁷⁹ H. Esseh, Les sociétés multinationales, L'établissement arabe pour étude et édition, Liban, 1990, p. 88.

⁹⁸⁰ M. Taha, Les sociétés de capitaux, L'établissement culturel universitaire, 1982, Egypte, p. 224. Cette idée a été confirmée, en l'absence de la jurisprudence syrienne, par la Cour de cassation égyptienne en considérant « la société fusionnante comme ayant cause à titre universel des sociétés fusionnées et leur se substitue de plein droit en droits et obligations » (Cass. com., 21 mai 1970, n° 16) ; dans le même sens, voir aussi Cass. com., 13 avr. 1974, n° 151 ; Cass. com., 23 mars 1981, n° 386 ; Cass. com., 29 mars 1982 ; Cass. com., 7 mai 1990, n° 2193, cité par A. Hosni, La jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation, La maison du savoir, 1^{er} éd. 2000, Egypte, p. 444).

⁹⁸¹ H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 52 et s ; M. Alchawabkeh, Les effets de la fusion des sociétés anonymes à l'égard des actionnaires et créanciers, préc, p. 25 et s.

⁹⁸² Cette disposition concerne la cession de créance ne recevant pas application en matière de fusion. Selon ce texte, le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Il en résulte que le législateur syrien a repris littéralement l'article 1690 du Code civil français. La cession de créance ne s'applique pas donc lorsque la transmission des biens porte sur l'ensemble des éléments d'actif composant le patrimoine de la société fusionnée. Sur ce point, v. F. Abdelsabour, Les effets juridique de la nationalisation, 2^e éd. Le monde du livre, Egypte, 1967, n° 106, p. 125.

⁹⁸³ M. Alareeni, Les sociétés commerciales, préc, n° 381, p. 415.

⁹⁸⁴ V. A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 152, p. 234.

fait, l'absorbante devient locataire avec les mêmes droits et obligations à la place de l'absorbée⁹⁸⁵. D'ailleurs, la dissolution de l'absorbée ne peut pas mettre fin aux instances en cours. Autrement dit, la société réceptrice du patrimoine peut poursuivre les instances engagées, avant l'opération de fusion, par la société qui disparaît⁹⁸⁶. Cette idée va aussi pour les condamnations prononcées, antérieurement à la fusion, au profit de l'absorbée.

348. Or, les solutions retenues en droit syrien sont identiques à celles envisagées en droit français, mais elles sont la conséquence naturelle de l'application de dispositions de l'article 222 du Code des sociétés. La mise en œuvre de cette conséquence nécessite le retour au droit commun pour régir la situation. En contrepartie, cet effet essentiel a été mis en évidence, en droit français, par la doctrine et la jurisprudence, qui voit jusqu'à l'heure actuelle de nombreux développements à ce sujet.

Cependant, le principe de la transmission des éléments actifs de la société absorbée à l'absorbante n'est pas toutefois absolu : il est soumis en effet à certaines limites.

B. Les limites apportées au principe

349. La règle selon laquelle la fusion entraîne le transfert des contrats passés par la société absorbée, sans solliciter l'accord des contractants, à la société absorbante connaît certaines exceptions. Cette série d'exceptions vient restreindre le principe de la transmission en posant certaines limites. Elle commence, en premier lieu, par les contrats conclus *intuitu personae* (1°), les contrats administratifs (2°). Ensuite, on va s'interroger sur le cas particulier du cautionnement (3°), s'il constitue ou pas une exception au principe, avant d'envisager l'hypothèse des titres détenus par la société absorbée dans d'autres sociétés (4°).

⁹⁸⁵ Sur cette question, l'article 8-3 du Code de bail du 15 février 2001 précise que « le bailleur peut demander au locataire d'évacuer l'immeuble lorsque ce dernier le sous loue ou le cède, sans autorisation écrite, aux tiers sauf le cas où l'objet du contrat de bail concerne un fonds de commerce... ». Cependant, en matière de fusion, en application de l'article 222 du Code des sociétés, le bailleur ne peut pas demander au locataire d'évacuer l'immeuble ; v. F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 208 et 209.

⁹⁸⁶ M. Ismaël, La fusion en droit des sociétés jordanien, préc, p. 45.

1° Les contrats conclus intuitu personae

350. Le principe de transmission universelle du patrimoine n'est cependant pas totalement reconnu, sa mise en œuvre pourrait se heurter à certain nombre d'obstacles. Un de ces obstacles est constitué par le contrat dit intuitu personae⁹⁸⁷, c'est-à-dire par un contrat conclu en considération de la personne du cocontractant⁹⁸⁸. La personnalité du contractant est donc un élément essentiel dans la conclusion du contrat⁹⁸⁹. Ce type des contrats existe en droit français au même titre qu'en droit syrien. Au regard de sa portée au principe de la transmission universelle, il a été expressément posé en droit français par la jurisprudence (a), alors qu'il résulte en droit syrien de l'application des principes généraux du droit commun (b). On doit alors établir une nette distinction entre ces deux droits.

a) En droit français : la confirmation par la jurisprudence de la portée des contrats intuitu personae

351. Ce caractère a été posé par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans son arrêt du 12 juin 1997, en précisant que « la transmission universelle du patrimoine (...) demeure étrangère aux relations de confiance personnelle et aux conventions conclues intuitu personae qui échappent aux règles patrimoniales »⁹⁹⁰. De même, la doctrine estime que le principe de la transmission universelle du patrimoine se heurte aux contrats conclus intuitu personae par la société absorbée⁹⁹¹.

⁹⁸⁷ P.-Y. Bérard, Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae, RTD com. 2007, p. 279, n° 4.

⁹⁸⁸ Ch. Blondeau, La portée et les limites de la transmission universelle liée aux fusions, Rev. option finance, 1^{er} sep. 2008.

⁹⁸⁹ M. Alkhatib, Les contrats intuitu personae, 14 juill. 2013, article publié sur le site www.lawsyria.net, p. 207.

⁹⁹⁰ CA Aix-en-Provence, 12 juin 1997 : Bull. Joly Sociétés 1998, n° 5, p. 447.

⁹⁹¹ Voir Mémento Pratique, Lefebvre Sociétés commerciales, préc., n° 83811 ; D. Poracchia, Transmission universelle du patrimoine-Contrat conclu intuitu personae, Dr. et Patrimoine, 2003, n° 114 ; M.-L. Coquelet, La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats intuitu personae, Dr. sociétés, Actes pratiques, 2000, n° 49 ; A. Viandier, Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés, in Mélanges C. Mouly, Litec 1998, p. 193 et s. ; X. Jaspar et N. Métais, Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et contraintes afférentes à certains biens, Bull. Joly sociétés, 1998, n° 5, p. 447.

Par conséquent, le contrat conclu intuitu personae ne peut être transféré à la société absorbante qu'après avoir recueilli le consentement du contractant. Il est donc intransmissible et la disparition du contractant fait tomber le contrat⁹⁹². Plusieurs types de contrats sont marqués par leur nature du caractère intuitu personae, tels que les contrats de distribution⁹⁹³ où la Cour de cassation a précisé que le contrat de franchise n'est pas transmis de plein droit à la société absorbante et suppose l'autorisation préalable de la société franchisée⁹⁹⁴. Ainsi, la Cour d'appel de Paris n'a pas accepté la transmission du contrat de distribution sélective à la société absorbante⁹⁹⁵. En outre, pour le contrat d'agent commercial, la Cour de cassation a jugé le 29 octobre 2002 que « ...le contrat d'agent commercial, conclu en considération de la personne du contractant, ne peut être transmis, même par cession partielle d'actif, qu'avec l'accord du cessionnaire et de l'agent commercial »⁹⁹⁶. Aussi, les contrats financiers⁹⁹⁷, les contrats de prestation de service⁹⁹⁸ et les contrats de licence de brevets et de marques sont marqués par l'intuitu personae⁹⁹⁹.

352. Par ailleurs, de nombreux contrats contiennent des clauses stipulant que « *la considération de la personne a été déterminante dans le consentement donné par l'autre contractant* »¹⁰⁰⁰. En effet, la jurisprudence admet ce type de clauses dans les contrats commerciaux. La Cour d'appel de Paris a précisé le 25 janvier 1985 que « les objectifs sociaux, les alliances, les stratégies et les méthodes de la personne morale peuvent constituer autant d'éléments regardés comme déterminants par ses cocontractants »¹⁰⁰¹. De même, la Cour de cassation¹⁰⁰² a décidé dans son arrêt du 13 décembre 2005 que le contrat d'agent revendeur est conclu intuitu personae et les droits et obligation de l'agent ne sont pas,

⁹⁹² M. Dubertret, L'intuitu personae dans les fusions, Rev. sociétés 2006, p. 721.

⁹⁹³ Comme les contrats de franchise, les contrats de distribution sélective, les contrats d'agent commercial et les contrats de concession exclusive (v. Cass. com., 18 fév. 1997, Rev. sociétés 1998, p. 324, note Ph. Fortuit.

⁹⁹⁴ Cass. com., 3 juin 2008, Rev. sociétés 2009, p. 339, note L. Amiel-Cosme ; M. Behar-Touchais, Le contrat de franchise est conclu en considération de la personne du franchiseur, Rev. des contrats, 2008, n° 4, p. 1278. Pour l'apport partie d'actif soumis au régime des scissions, voir Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-16428 : Ch. Pituaud, Transmission d'un contrat de franchise, Les Echos, 3 fév. 2010, disponible sur le site business.lesechos.fr.

⁹⁹⁵ CA Paris, 2 nov. 1982 : BRDA, 15 fév. 1983, p. 2.

⁹⁹⁶ Cass. com., 29 oct. 2002 : [Juris-Data n° 2002-016255](#), voir également Cass. com., 6 juin 2006, D. 2006, p. 1685, note A. Lienhard

⁹⁹⁷ Tels que les contrats de crédit où le comité juridique de l'ANSA du 9 sep. 1992 a énoncé que « la majorité des membres du Comité considère que les crédits bancaires et les contrats de prêt sont marqués nettement par l'intuitus personae ».

⁹⁹⁸ CA Paris, 3 nov. 1994 : RJDA, 4/95, n° 406.

⁹⁹⁹ TGI Paris, 7 mars 1974 : JCP 1974, II, n° 18219.

¹⁰⁰⁰ J. Calvo, Les clauses d'intuitu personae dans les contrats commerciaux, Petites affiches, 1996, n° 81, p. 10.

¹⁰⁰¹ CA Paris, 25 janv. 1985 : Bull. Joly sociétés, 1995, p. 413, § 141 ; RTD civ., 1996, p. 158

¹⁰⁰² Cass., Com., 13 déc. 2005, n°03-16.878, Bull. 2005, IV, n° 255, p. 283.

partiellement ou totalement, transférables ou cessibles sans l'accord préalable du concessionnaire¹⁰⁰³. Elle ajoute « les stipulations du contrat mettaient obstacle à sa transmission sans l'accord du concessionnaire »¹⁰⁰⁴.

353. Pour résumer, les contrats conclus *intuitu personae* ne sont pas transférés même en matière de fusion. Cette limitation au transfert universel du patrimoine de la société qui disparaît peut avoir des effets importants pour la société bénéficiaire dès lors l'actif de la société absorbée est constitué de tels contrats. Or, la transmission des contrats conclus en considération de la personne de la société absorbée au profit de la société absorbante sera inopposable aux contractants qui n'ont pas expressément donné leur autorisation à cette transmission¹⁰⁰⁵. Pour concilier les intérêts de la société bénéficiaire de l'opération de fusion et ceux du contractant cédé, on estime qu'il vaut mieux apprécier les contrats conclus *intuitu personae* au cas par cas. Cette appréciation de chaque contrat permet d'effectuer un équilibre entre les deux parties dans la mesure où elle détermine la portée de la substitution de contractant engagé *intuitu personae*. Dans ce cas de figure, le contrat est transmis à moins que la substitution de contractant peut modifier la cause du contrat. En conséquence, sauf démonstration par le contractant de la disparition de la qualité spécifique de la personne qui l'a poussé à s'engager, le contrat *intuitu personae* est transmis de la société absorbée à la société absorbante par l'effet de la transmission universelle du patrimoine.

b) En droit syrien : le renvoi aux principes généraux du contrat

354. En droit syrien, la personne du contractant peut jouer un rôle principal dans la conclusion du contrat qui ne peut pas être cédé sans l'autorisation de celui-ci. Ce caractère peut restreindre le principe de transmission universelle en matière de fusion. Contrairement au droit français, cette exception à la règle générale découle, en droit syrien, des principes

¹⁰⁰³ Lamyline, Sort des contrats conclus *intuitu personae* en cas de fusion, Rev. Lamy Dr. Civ. 2006, n° 24. Cependant, pour couvrir l'hypothèse de la fusion, les rédacteurs devraient envisager toute forme de transmission du contrat : X. Vamparys, Fusion et transmissibilité des conventions conclus *intuitu personae*, Bull. Joly Sociétés, 2006, n° 5, p. 591.

¹⁰⁰⁴ Cass., Com., 13 déc. 2005, préc.

¹⁰⁰⁵ Dans le même sens, voir X. Vamparys, préc.

généraux du droit commun¹⁰⁰⁶. En se référant aux principes généraux du contrat, ce dernier prend fin en cas de décès du contractant dans la mesure où ce contrat est marqué d'intuitu personae¹⁰⁰⁷. Cela revient à dire que personne ne peut se substituer au contractant dans l'exécution des obligations contractuelles¹⁰⁰⁸. En le faisant, il faut l'autorisation préalable du contractant.

355. Dans le cadre de fusion, l'opération emporte naturellement le transfert de tous les contrats et obligations de la société absorbée à la société absorbante. Cependant, le contrat conclu intuitu personae fait exception à la règle. Ce type des contrats exige le consentement du contractant. En d'autres termes, le contrat marqué d'intuitu personae ne peut être transmis à la société absorbante qu'après avoir sollicité l'autorisation du contractant. Parmi les contrats marqués par leur nature d'intuitu personae, les contrats de prestation de service, les contrats de licence de marques¹⁰⁰⁹ et de brevets¹⁰¹⁰ et les contrats de distribution. Dans ces derniers, par exemple, l'intuitu personae trouve son terrain dans les contrats de franchise où la personnalité du franchisé constitue un élément essentiel dans la conclusion du contrat. Lorsque ce contrat se trouve transmis, lors de la fusion, à la société absorbante, cette transmission ne peut avoir lieu sans l'accord préalable du franchisé¹⁰¹¹. De même, rien n'empêche de stipuler dans le contrat une clause prévoyant que la cession du contrat ne peut avoir lieu sans autorisation préalable de l'autre partie¹⁰¹². Faute de quoi, le contrat est automatiquement résilié. Cette sévère conséquence nous conduit à proposer que le contrat conclu intuitu personae est présumé transmis au bénéficiaire de la transmission universelle, sauf preuve du cocontractant que celui-ci ne présente pas les garanties d'une bonne exécution du contrat. Cela permet d'équilibrer les intérêts de chaque partie au contrat dans la mesure où l'extinction du contrat intuitu personae est préjudiciable à la sécurité juridique. En effet, il vaut consacrer le triomphe du principe de la transmission universelle surtout que le bénéficiaire de la transmission universelle peut présenter la même qualité que celle du contractant. L'intransmissibilité du contrat intuitu personae est donc réputée contraire à l'esprit du principe de la transmission universelle de patrimoine. Mais, cela vaut-il pour les

¹⁰⁰⁶ En l'absence de la jurisprudence sur cette question, il faut se référer aux règles générales figurées au droit commun.

¹⁰⁰⁷ Art. 632, C. civ. concernant le contrat de louage d'ouvrage.

¹⁰⁰⁸ Y. Alhadidi, Le régime juridique de la concession commerciale, La maison de la pensée arabe, Egypte, 2008, p. 248.

¹⁰⁰⁹ Art. 53, Code de la propriété commerciale et industrielle (CPCI) du 6 mars 2007.

¹⁰¹⁰ Art. 102, CPCI.

¹⁰¹¹ R. Sassan, Le contrat de franchise, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2013, p. 228.

¹⁰¹² R. Sassan, Le contrat de franchise, préc, p. 239.

contrats administratifs notamment que ceux-ci sont réputés *intuitu personae* par la jurisprudence.

2° Les contrats administratifs : principe uniforme en droit français et syrien

356. Le contrat administratif constitue un élément limitant le principe de la transmission universelle de patrimoine. Ce contrat est conclu entre l'administration et une personne de droit privé¹⁰¹³ en prenant en considération de la personnalité de cette dernière. Le caractère *intuitu personae* dans les contrats administratifs est confirmé par la jurisprudence syrienne¹⁰¹⁴ et française. Les principes qui gouvernent les contrats administratifs sont similaires en droit français et syrien. Il faut, en effet, traiter concomitamment cette question. Il n'y pas lieu de faire une distinction entre les deux droits.

357. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante peut se heurter aux contrats administratifs. Selon une jurisprudence établie, la cession de contrat ne peut pas être effectuée sans l'autorisation du cédé¹⁰¹⁵. Cette exigence constitue, selon une partie de la doctrine, le principe général du droit des contrats administratifs¹⁰¹⁶. Cette idée est justifiée par le fait que le cocontractant est choisi par l'administration en fonction de ses compétences, ce qui signifie que le contrat administratif est conclu, du côté de l'administration, *intuitu personae* et doit être personnellement exécuté¹⁰¹⁷. Ces contrats ne peuvent être transférés sans l'autorisation préalable de l'autorité

¹⁰¹³ S. Altamaoui, Les principes généraux des contrats administratifs, La maison de la pensée arabe, Egypte, 2011, p. 50 ; M. Abo Ras, Les contrats administratifs, disponible sur le site bu.edu.eg, p. 17.

¹⁰¹⁴ Le contractant doit répondre personnellement à ses obligations découlant du contrat (trib. adm., 27 janv. 1957).

¹⁰¹⁵ En droit syrien, v. art. 30 du Cahier des conditions générales des contrats relevant du secteur public issu du décret n° 450 du 9 sep. 2004.

¹⁰¹⁶ F. Bernet, Cession de contrat, Fasc. 612, JCI Adm., 2009, n° 42 ; R. Noguellou, La transmission des obligations en droit administratif, thèse, LGDJ 2004, n° 231.

¹⁰¹⁷ A. De Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, Traité de droit administratif, tome I, 15^e éd., LGDJ, 1999, n° 1040 ; D. Gibrila, préc., n° 93 ; G. Blanc, Transfert et cession de contrats administratifs : Le déclin des critères subjectifs d'autorisation et de contrôle, JCP E 1999, n° 51, p. 2050 ; A. Antoine, *L'intuitu personae* dans les contrats de la commande publique, RFDA 2011, p. 879 ; L. Rapp, Ph. Terneyre et N. Symchowics, Lamy Droit Public des Affaires, 2014, n° 2840. Ainsi, le Conseil d'Etat avait rappelé, dans son avis du 8 juin 2000, que « le Conseil statuant au contentieux a posé depuis fort longtemps le principe selon lequel les marchés publics et les délégations de service public sont conclus en raison de considérations propres à chaque cocontractant » *intuitu personae*. Il en a tiré la conséquence que la cession d'un marché ou d'une concession ne peut avoir lieu,

administrative compétente¹⁰¹⁸, y compris dans le cas d'une fusion¹⁰¹⁹. A défaut de l'accord préalable de l'administration, le transfert du contrat lui sera inopposable et elle pourra le résilier¹⁰²⁰. Le Conseil d'Etat a posé le 8 juin 2000 les principes suivants ; tout d'abord, le transfert d'un contrat administratif lors d'une opération de fusion doit être autorisé par l'autorité administrative compétente¹⁰²¹. Il précise que « il y a bien cession à un tiers lors de la réalisation d'opérations de scission et de fusion, lorsque ces opérations aboutissent à la création de sociétés nouvelles, (...) ou lorsque, à la suite d'autres formes de transmissions de patrimoines ou de cessions d'actifs, une société nouvelle se voit attribuer, en qualité de cessionnaire, un marché public ou un contrat de délégation de service public »¹⁰²². Cette solution concerne la fusion par création de société nouvelle, mais elle ne doit pas être distinguée entre cette hypothèse et la fusion par absorption. A été décidé que la créance de carry-back¹⁰²³ de la société absorbée n'est pas comprise parmi les créances dans le transfert universel du patrimoine et ne peut, à défaut de l'autorisation, être transmise à la société absorbante¹⁰²⁴.

358. En revanche, l'administration ne dispose pas d'un pouvoir discrétionnaire pour refuser d'autoriser la transmission du contrat. L'autorisation ne peut être refusée pour un motif autre que ceux qui résultent des décisions du Conseil d'Etat statuant au contentieux. Au nombre de ces motifs figure, notamment, « l'appréciation des garanties professionnelles et

même en l'absence de toute clause spéciale du contrat en ce sens, qu'avec l'assentiment préalable de la collectivité cocontractante » (Section des finances, avis CE, n° 364 803, 8 juin 2000). En droit syrien, v. C. sup. adm., 28 déc. 1963.

¹⁰¹⁸ CE, 2 janv. 1905, Cie départemental des eaux c/ Ville de Langers, Rec. 1906, concl. Romieu ; L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 8^e éd. Lextenso, 2012, n° 411, p. 253. V. aussi, M. Amin, *Les principes généraux des droits et obligations du contractant dans l'exécution du contrat administratif*, thèse soutenue à l'université Aïn-Shams, Egypte, 1983, p. 158

¹⁰¹⁹ J. Michel et M. Cessac, *Cession de contrat et silence de la personne publique*, AJDA 2008, p. 1073. Il faut, par ailleurs, souligner que la jurisprudence quant à la transmission, en cas de fusion, du contrat administratif est absolument absente en droit syrien.

¹⁰²⁰ D. Gibrila, *Transformation, fusion, scission et prorogation*, préc, n° 85, p. 45 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 83811 ; J. Nassar, *Les contrats administratifs*, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2005, p. 264 ; S. Altamaoui, *Les principes généraux des contrats administratifs*, préc, p. 437. Ainsi, Dans ce sens, la Cour suprême administrative égyptienne a jugé que « l'administration peut résilier le contrat administratif lorsque le contractant le cède (.....) » (C. supr. adm., n°3596, 25 nov. 1997).

¹⁰²¹ *Marchés publics et conventions de délégation de service public : conditions de validité du changement de cocontractant résultant d'une cession de contrat – Conseil d'Etat Section des finances 8 juin 2000 – AJDA 2000*, p. 758 ; S. Degommier, *L'autorisation d'occupation du domaine public accordé à une société vaut même en cas de changement d'associé*, AJDA 2009, p. 1043.

¹⁰²² Cette solution a été également reprise par la Cour administratif d'appel de Lyon dans son arrêt rendu le 9 mai 2008 (CAA Lyon, 4^e ch., 9 mai 2008, n° 05LY00437).

¹⁰²³ Une créance sur l'Etat au profit de la société absorbée.

¹⁰²⁴ CE, 6 nov. 2002, n° 221032 : RFJ 1/03, n° 18 ; v. D. F, *La créance de carry-back n'est pas comprise dans la transmission universelle du patrimoine en cas de fusion et n'est pas transférée en l'absence d'agrément alors exigé par la réglementation*, JCP E 2003, n° 16. p. 631.

financières que peut présenter le nouveau titulaire du contrat pour assurer la bonne fin du contrat dans le cas d'un marché ou, dans le cas d'une délégation, de son aptitude à assurer la continuité du service public et l'égalité des usagers devant le service public »¹⁰²⁵. Le juge administratif peut censurer le refus d'autorisation¹⁰²⁶ dès lors que la société absorbante présente les mêmes garanties d'exécution que la société absorbée¹⁰²⁷. Cette solution de la jurisprudence administrative est critiquable car elle fait obstacle au principe de la transmission universelle du patrimoine qui peut assurer les garanties d'exécution du contrat qui sont transmises avec celui-ci. De même, elle ne prend pas en considération la réalité économique de la continuité d'activité, par la société absorbante, de la société absorbée. Par voie de conséquence, en cas de transmission du contrat administratif lors d'une fusion, il paraît plus avantageux que ce dernier soit automatiquement transmis, à charge pour l'administration de démontrer que la société absorbante ne présente pas des qualités similaires à celles de la société absorbée pour la bonne exécution du contrat litigieux.

Le caractère de l'intuitu personae peut être également présent dans d'autres contrats dont le transfert, par l'effet de la fusion, peut susciter des difficultés. Le cas particulier du cautionnement en fait un exemple. Le principe de la transmission universelle du patrimoine applicable aux fusions n'est pas parfaitement respecté : la jurisprudence y a apporté des restrictions dans le domaine du cautionnement. De ce fait, le cautionnement comme un élément actif du patrimoine transmis doit être proprement étudié à part.

¹⁰²⁵ V. C. Guettier, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd. PUF, 2011, n° 605, p. 491.

¹⁰²⁶ A. Bonnasse et N. Jüllich, *préc.*, n° 96. D'ailleurs, selon les principes généraux de droit administratif, le silence de l'autorité compétente pendant deux mois équivaut à une décision implicite de refus d'autorisation (Loi n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 21, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations : *Journal Officiel* 13 Avr. 2000). En revanche, cette durée est de soixante jours en droit syrien (art. 22 du Code de Conseil d'état créé par le décret n° 55 du 1^{er} fév. 1959). L'absence de réponse de la part de l'administration dans les deux mois qui suivent l'envoi du courriel de demande d'autorisation par la société cocontractante, cela vaut décision de rejet. Si la cession du contrat est effectuée en l'absence de l'autorisation de l'administration, elle sera entachée de nullité absolue (CE, 5 janv. 1951, *Commune de Lesparrou*, Rec. 3) et ne sera pas, en effet, opposable à l'égard de l'administration (CE, 22 fév. 1967, n° 61123, Rec. Lebon, p. 87).

¹⁰²⁷ Cela revient à dire que le refus peut résulter de la faiblesse des garanties financières et professionnelles présentées par le nouveau titulaire du contrat, ce qui ne permet pas d'assurer l'exécution du contrat ainsi que la continuité du service public (M. Amin, *Les principes généraux des droits et obligations du contractant dans l'exécution du contrat administratif*, *préc.*, p. 168).

3° Le cas du cautionnement : une particularité du droit français

359. Le cautionnement est un contrat par lequel une personne, la caution, s'engage envers le créancier à exécuter l'obligation du débiteur si ce dernier n'y satisfait pas lui-même¹⁰²⁸. Il s'agit donc d'un contrat accessoire supposant l'existence d'une obligation principale¹⁰²⁹. Le cautionnement constitue une sûreté personnelle de préférence¹⁰³⁰. La règle de la transmission universelle suppose logiquement le transfert automatique des sûretés personnelles et réelles attachées aux créances transmises. Par exception, cette règle n'est pas absolue en matière de fusion. Le cautionnement demeure ou s'éteint selon qu'on est en présence d'une obligation de règlement ou de couverture. En effet, quant est-ce que le cautionnement dont bénéficie la société absorbée est-il transmis de plein droit à la société absorbante ? Autrement dit, dans quelle catégorie de garantie de dettes le cautionnement respecte le principe de la transmission universelle du patrimoine ?

360. L'étude de cette question a donné lieu à un contentieux très important en droit français et n'a jamais fait l'objet d'une recherche en droit syrien. Les solutions apportées par la doctrine et la jurisprudence française permettent d'en adopter quelques-unes en droit syrien. Cette question diffère selon l'obligation objet du cautionnement. Lorsque les dettes garanties par le cautionnement étant nées avant la fusion, on est en présence d'une obligation de règlement¹⁰³¹. Dans ce cas, il faut distinguer entre l'hypothèse dans laquelle la transmission du cautionnement, comme élément actif du patrimoine transmis, est opérée en faveur d'une société extérieure au rapport de cautionnement et celle dans laquelle la transmission est réalisée au profit d'une société partie à ce rapport. Dans la première hypothèse, l'application de la règle générale de la transmission universelle exige que les garanties dont les créances font partie soient aussi transmises de plein droit¹⁰³². C'est-à-dire que lorsque, dans le patrimoine de la société absorbée par une société tierce, il y a des créances bénéficiant d'un

¹⁰²⁸ En droit français, art. 2288, C. civ. et en droit syrien, art. 738, C. civ. Voir également, D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 9^e éd. 2013, n° 42, p. 43 ; Ch. Albiges et M.-P. Dumont-Lefrand, Droit des sûretés, Dalloz, 4^e éd. 2013, n° 13, p. 15.

¹⁰²⁹ En droit français, art. 2289, C. civ. et, en droit syrien, art. 742, C. civ. Sur le caractère accessoire, v. M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, Dalloz, 4^e éd. 2014, n° 214 et s., p. 66 ; F. Rouvière, Le caractère accessoire du cautionnement, RTD com. 2011, p. 689.

¹⁰³⁰ Art. 2287-1, C. civ. ; Ph. Simler, Les sûretés personnelles, Dr. et patr. 2005, n° 140.

¹⁰³¹ Cette obligation a un caractère instantané et couvre les dettes présentes : v. D. Pohé, La distinction obligation de règlement/obligation de couverture et la fusion-absorption, Pet. aff. 2004, n° 191, p. 8.

¹⁰³² Cass. com., 18 déc. 1984, n° 83-13.074, Bull. civ. IV, no 351 ; CA Paris, 4 juin 1993, Dr. sociétés nov. 1993, comm. 210, note H. Le Nabasque ; Bull. Joly Sociétés 1993, p. 895, note M. Jeantin.

cautionnement, celui-ci est également transmis de plein droit à la société nouvelle ou absorbante comme accessoire de la créance à laquelle il est attaché¹⁰³³. Par voie de conséquence, le principe de la transmission universelle du patrimoine est respecté pour la garantie des dettes antérieures à l'absorption de la société créancière. La jurisprudence admet le maintien des créances bénéficiant d'un cautionnement avant la réalisation de la fusion¹⁰³⁴. Elle précise qu'« en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'est engagée envers l'une des sociétés fusionnées demeure pour les créances dont la société était titulaire lors de la fusion »¹⁰³⁵. En l'espèce, la Cour de cassation confirme la décision de la Cour d'appel « qui a relevé par motifs propres et adoptés que la caution s'était engagée pour garantir le paiement des sommes dues en exécution d'un contrat de location de matériel, qui constitue un contrat à exécution successive, conclu avant la fusion des sociétés, a retenu à bon droit, que la dette était née antérieurement à cette fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date »¹⁰³⁶. L'exigibilité d'une créance qui pèse sur la caution ne participe pas de sa naissance¹⁰³⁷. En effet, les dettes antérieures à la fusion sont considérées comme dettes présentes pour lesquelles la caution reste tenue à l'égard de la société absorbante. Elles sont transmises sans aucune difficulté à la société absorbante ou la société nouvelle¹⁰³⁸.

En revanche, cette solution va autrement pour la transmission du cautionnement opérée en faveur d'une société partie au rapport de cautionnement. Lorsque la société créancière est absorbée par la société débitrice ou la société caution, cette opération entraîne l'extinction de l'obligation de règlement dans la mesure où une même personne ne peut avoir, en même temps, deux qualités incompatibles : ni la qualité de débiteur et de créancier¹⁰³⁹ ni celle de

¹⁰³³ L. Aynès, La transmission de plein droit du cautionnement, D. 2005, p. 227.

¹⁰³⁴ J. François, Droit civil, Les sûretés personnelles, t. VII, éd. Economica, 2004, n° 360, p. 299.

¹⁰³⁵ Cass. com., 4 juin 2002, n° 98-23280, RTD com. 2003, 114, note Cl. Champaud et D. Danet ; JCP 2003, I, 124, obs. Ph. Simler.

¹⁰³⁶ Dans le même sens, v. Cass. com., 17 juill. 2001, n° 98-15382, Bull. 2001, IV, n° 139, p. 134, D. 2001, p. 2414, obs. A. Lienhard ; JCP G 2001, I, 356, n° 7, obs. Ph. Simler ; Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 1999, n° 96-18274, JCP E 1999, p. 1421, n° 10, obs. A. Viandier et J.-J. Caussain, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 537, obs. P. Le Cannu ; Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-12018, D. 1998, somm. 183, obs. J.-C. Hallouin ; M. Cabrillac, Conditions de maintien du cautionnement en cas de fusion de la banque bénéficiaire, RTD com. 2001, p. 959.

¹⁰³⁷ S. Grataloup, Quid de l'engagement de la caution en cas d'absorption de la société créancière ? D. 1999, p. 699.

¹⁰³⁸ M.-P. Dumont-Lefrand, L'incidence de la fusion-absorption du créancier sur le cautionnement de dettes futures, Gazette du Palais, 2010, n° 14, P. 16 ; S. Prigent, Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption, Pet. aff. 2006, n° 4, p. 10.

¹⁰³⁹ Art. 1300, C. civ. « Lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne, il se fait une confusion de droit qui éteint les deux créances » ; Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-16558, Bull. 2009, IV, n° 23 ; Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-12779, Bull. civ. 1992, IV, n° 127, p. 91.

créancier et de caution¹⁰⁴⁰. Donc, la réunion des qualités de créancier et de débiteur ou la confusion entre créancier et caution met fin à l'obligation de règlement¹⁰⁴¹.

361. Quant à l'obligation de couverture, elle se réalise lorsque le cautionnement concerne des dettes nées après la fusion¹⁰⁴². Dans ce cas de figure, l'absorption de la société créancière par une société tierce emporte, par l'effet de la transmission universelle, la transmission du cautionnement dont bénéficie la société absorbée en faveur de la société absorbante. Cette solution paraît *a priori* logique car « *la continuation des contrats en cours lors... de la dissolution d'une société par l'effet de la fusion, s'impose comme une impérieuse nécessité, en raison de la force obligatoire du contrat* »¹⁰⁴³. Cependant, le caractère intuitu personae qui revêt le cautionnement fait obstacle à sa transmission. La jurisprudence et la doctrine donnent une grande portée à l'intuitu personae en matière de cautionnement¹⁰⁴⁴. Dans cette optique, la Cour de cassation décide « qu'en cas de fusion de sociétés par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante »¹⁰⁴⁵. Il en résulte que l'obligation de couverture s'éteint pour les dettes postérieures à la fusion. La caution ne couvre les dettes à naître que dans le seul accord exprès de la caution de s'engager envers la société absorbante¹⁰⁴⁶. Cette volonté ne peut pas, en effet, résulter du simple silence gardé par les cautions après la fusion, même si ces dernières ont été

¹⁰⁴⁰ Ph. Simler, Cautionnement.- Extinction par voie principale.- Causes de droit commun, JCl civ. 2013, n° 43.

¹⁰⁴¹ B. Fages et J. Mestre, Lamy Droit du contrat, n° 430-63 ; M. Mignot, Cession de créance, retrait litigieux et cautionnement : Rev. Lamy dr. civ. janv. 2011, n° 78, p. 29 ; G. Oiette, Cautionnement, D. 2009, n° 209.

¹⁰⁴² Cette obligation a un caractère successif et concerne les dettes futures. Sur la distinction entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture, v. C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, Litec, 1979, n° 255 et s. cette distinction opérée par Christian MOULY a été reprise par la Cour de cassation : « les obligations de règlement sont des obligations à exécution instantanée qui naissent avec les dettes que contracte le débiteur principal et l'obligation de couverture est une obligation à exécution successive qui naît lors de la conclusion du contrat de cautionnement et qui détermine la couverture que doit fournir la caution » (Cass. com., 29 juin 1982, Rec. Dalloz Sirey, 1983, p. 360, obs. C. Mouly).

¹⁰⁴³ L. Aynes, La cession de contrat, Economica, 1984, n° 216 ; voir aussi J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés, préc, n° 786, p. 336.

¹⁰⁴⁴ D. Legeais, Cautionnement et fusion de la société créancière, Rev. sociétés 2005, p. 371 ; D. Pohé, La distinction obligation de règlement/obligation de couverture et la fusion-absorption, préc ; D. Houtcieff, Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution, RTD civ. 2003, p. 3.

¹⁰⁴⁵ Cass. 1^{re} civ, 28 septembre 2004, n°03-10810, Bull. civ. 2004 I N° 214 p. 180. V. aussi Cass. com. 6 mars 1978, D. 1979, p. 138, obs. Vasseur ; Cass. com. 20 janvier 1987, Bull. civ. IV, n° 20 ; JCP 1987, II, 20844, note M. Germain ; Cass. com. 17 juill. 1990, Bull. civ. IV, n° 216 ; JCP E 1991, II, n° 143, note V. Grellière ; Cass. com., 23 mars 1999, Bull. civ. IV, n° 69 ; JCP E 1999, p. 1012, note A. Couret ; Cass. com., 17 juill. 2001, préc ; Cass. com., 21 janv. 2003, Bull. civ. IV, n° 9.

¹⁰⁴⁶ A. Lienhard, Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption, Rec. Dalloz 2005, p. 2875 ; D. Legeais, Cautionnement et fusion de la société créancière, Rev. sociétés 2005, p. 371.

informées de l'opération¹⁰⁴⁷. L'extinction de l'obligation de couverture de la caution est critiquée par la doctrine qui considère que l'exclusion de l'obligation de couverture de la caution est incompatible avec le principe de transfert universel du patrimoine, alors que l'intuitu personae dans le cautionnement reste relatif et ne peut jouer automatiquement sans avoir recherché la commune intention des parties¹⁰⁴⁸. Une décision de la Cour de cassation, constituant un revirement de jurisprudence, est venue répondre aux vœux de la doctrine¹⁰⁴⁹. Elle a énoncé le 8 novembre 2005 qu'« en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante »¹⁰⁵⁰. Il semble que cette décision laisse penser à la règle générale de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée, y compris pour la couverture des créances postérieures à la fusion.

362. Depuis lors, la chambre commerciale s'est prononcée à nouveau sur la question en deux arrêts rendus en 2009 et 2011¹⁰⁵¹, en essayant de mettre fin aux doutes que la doctrine avait énoncé sous ses anciens arrêts¹⁰⁵². Elle exige, pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion, une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante¹⁰⁵³. Par ces arrêts, la Cour confirme son retour à sa solution initiale basée sur la primauté de l'intuitu personae inhérent au cautionnement¹⁰⁵⁴. Cette position a été récemment confirmée, une fois de plus, par la chambre commerciale en jugeant

¹⁰⁴⁷ D. Poracchia, Fusion-Transmission universelle du patrimoine-Cautionnement, Dr. et Patr. 2005, n° 135.

¹⁰⁴⁸ A. Prüm, « Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », Rev. Dr. banc. et Fin. 2006, p. 1 ; V.-L. Legouet, L'incidence des fusions des banques sur les garanties, Banque et Dr. 2000, n° 71, p. 19 ; M. Keita, Incidences de la fusion sur le cautionnement, Petites affiches, 2000, n° 25, p. 15 ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc, n° 768 et s.

¹⁰⁴⁹ H. Hovasse, Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière, Dr. des sociétés, n° 7, juill. 2008, comm. 155.

¹⁰⁵⁰ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12896, Bull. 2005, IV, n° 218, p. 234 ; D. 2005, p. 2875, obs. A. Lienhard ; Bull. Joly Sociétés 2006, p. 344, obs. P. Le Cannu ; Gaz. Pal. 2005, n° 364, p. 11, obs. N. Morelli ; JCP G 2005, II, n° 10170, obs. D. Houtcieff ; JCP E 2006, p. 14, obs. D. Legeais.

¹⁰⁵¹ La confirmation de cette solution classique ne cesse pas de se reproduire dans les opérations de restructuration. À propos d'un apport partiel d'actif, v. Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-27666, Bull. 2013, IV, n° 25 ; LPA 2013, n° 128, p. 7, note N. Morelli.

¹⁰⁵² N. Morelli, Le sort du cautionnement dans les opérations de restructuration, Pet. aff. 2013, n° 128, p. 7 ; v. également A. Burg et R. Ory, Les limites au principe de transmission universelle du patrimoine dans les opérations de fusion, Fusions et acquisitions magazine, mars-avr. 2012, p. 79.

¹⁰⁵³ Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10719, Bull. Joly sociétés 2009, obs. D. Houtcieff, p. 1049 ; D. 2009, p. 2163, obs. A. Lienhard ; Cass. com., 13 sep. 2011, n° 10-21370, Rev. sociétés 2012, note J.-F. Barbiéri, p. 500 ; Dr. sociétés 2011, comm. 214, obs. D. Gallois-Cochet ; voir également A. Lienhard, Fusion-absorption de la société créancière : sort du cautionnement, Rev. sociétés 2010, p. 302 ; G.-C. Dorothée, La fusion-absorption du créancier met fin à l'obligation de couverture de la caution, L'Essentiel Droit des contrats, 2009, n° 10, p. 2 ; J.-J. Ansault, L'influence de la fusion de la société créancière sur le cautionnement, Rev. Lamy dr. civ. 2011, n° 87.

¹⁰⁵⁴ V. P. Mudet, Le sort de la caution en cas de fusion de la société créancière : un revirement ? , RLDA 2009, n° 42.

que « en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'est engagée envers la société absorbée est maintenue pour la garantie des dates nées postérieurement à la fusion en cas de manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante »¹⁰⁵⁵. Cette solution n'a pas donc été influencée par l'arrêt rendu, par la même chambre, le 7 janvier 2014 concernant l'engagement de caution souscrit par la société absorbée¹⁰⁵⁶.

Il peut d'ailleurs arriver que la société créancière soit absorbée par une société partie à l'opération de cautionnement : soit par la société débitrice soit pas la société caution. Lorsque celle-ci fusionne avec la société débitrice, la créance s'éteint par l'effet de la confusion¹⁰⁵⁷ et la règle de l'accessoire exige que le cautionnement soit également éteint¹⁰⁵⁸. Dans l'hypothèse où la société créancière a été absorbée par la société caution, l'obligation de couverture cesse car nul ne peut être son propre garant¹⁰⁵⁹.

363. Il se trouve en conséquence que, dans la transmission universelle du patrimoine issue de la fusion de la société créancière par une société tierce, il faut, en présence du cautionnement, distinguer entre l'obligation de couverture qui s'éteint avec la personne morale de la société absorbée, sauf s'il y a une manifestation expresse de la caution de s'engager au profit de la société absorbante¹⁰⁶⁰, et l'obligation de règlement qui reste toujours maintenue¹⁰⁶¹. En revanche, les solutions admises en cas de fusion de la société créancière avec une société partie au rapport de cautionnement en matière d'obligation de règlement sont

¹⁰⁵⁵ cass. com., 16 sep. 2014, n° 13-17779 : D. 2014, p. 1873.

¹⁰⁵⁶ Nous allons voir dans cette section que la Cour de cassation a pris une décision différente de celle susvisée. Sur cette question, v. Rec. Dalloz, Fusion-absorption d'une société créancière : sort du cautionnement, D. 2014, p. 1873.

¹⁰⁵⁷ Il y a confusion lorsque les qualités de créancier et de débiteur se réunissent dans la même personne (art. 1300, C. civ.).

¹⁰⁵⁸ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, préc., n° 1933.

¹⁰⁵⁹ Ph. Simler, *Cautionnement Garanties autonome Garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd. 2008, n° 765, p. 766.

¹⁰⁶⁰ Il faut souligner qu'en cas de fraude de la caution, la fusion devient inopposable envers le bénéficiaire du cautionnement et reste toujours tenue des dettes contractées par la société débitrice postérieurement à la fusion ; v. N. Morelli, *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion*, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 933 ; Cass. com., 10 juin 1995, n° 93-15619, Bull. Joly Sociétés, 1995, n° 12, p. 1058, note M.-L. Coquelet, *Fraude de la caution et inopposabilité de la fusion*.

¹⁰⁶¹ M. Caffin-Moi, *Le sort de l'obligation de caution en cas de fusion-absorption*, *L'essentiel Droit des contrats*, 2014, n° 2, p. 2 ; E. Casimir, *Fusion et cautionnement*, préc., n° 4, p. 17. Quant à la détermination de la date de naissance de la dette cautionnée entrant dans le champ du cautionnement, il faut distinguer entre deux hypothèses ; la première concernant la caution garantissant le remboursement du prêt la dette est née dès la remise des fonds à l'emprunteur « peu important que la dette n'ait pas été exigible à cette date » (Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-15501 ; Cass. com., 21 janv. 2003, n° 97-13027). S'agissant de la seconde hypothèse, elle s'agit d'un cautionnement qui s'engage au paiement des loyers, la Cour suprême considère que la dette est née dès le moment où le contrat de bail a été souscrit par la société cautionnée avant la fusion « peu important que la dette n'ait pas été exigible à cette date » (Cass. com., 8 nov. 2005, préc.).

alignées sur celles qui s'appliquent lors de présence d'une obligation de couverture. Cela signifie que la réunion des qualités de la société créancière et de la société débitrice ou la confusion entre la société créancière et la société caution constitue un terme extinctif de l'obligation de règlement¹⁰⁶². Or, le principe de la transmission universelle du patrimoine issue de la fusion n'est totalement respecté qu'en ce qui concerne les dettes cautionnées nées antérieurement à la fusion. Dès lors, il nous paraît que la question de la transmission du cautionnement, en tant qu'un élément actif, constitue un cas particulier pas une exception à la règle de la transmission universelle.

On peut regretter les solutions qui s'appliquent à l'absorption de la société créancière par une société tierce dans la mesure où le changement de la société bénéficiaire du cautionnement n'a pas en soi pour effet d'accroître les engagements de la caution. Il en résulte que l'obligation de couverture devrait subsister sauf preuve de la caution que la qualité de la personne du créancier ne se retrouve pas chez la société absorbante. Pour éviter toute ambiguïté, il vaut mieux, comme le précisent certains auteurs, recommander aux sociétés créancières participantes aux fusions « *de faire réitérer par les cautions les engagements que celles-ci ont pris antérieurement ou, pour l'avenir, de prévoir le maintien de l'engagement de caution pris à leur profit en cas de changement dans leur situation du fait de leur participation à de telles opérations* »¹⁰⁶³.

Cependant, cette limite au principe de la transmission universelle peut être constituée par d'autres éléments qui figurent dans le patrimoine d'une société. Les titres détenus par la société absorbée dans d'autres sociétés en offrent un exemple.

¹⁰⁶² J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc, n° 1933.

¹⁰⁶³ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 83839.

4° Les titres détenus par la société absorbée dans d'autres sociétés

364. La société absorbante bénéficie des parts et actions qu'ils figurent dans le portefeuille de la société absorbée. Il convient, en effet, de distinguer entre les titres affectés d'une clause d'agrément et ceux qui sont nantis.

S'agissant de la première hypothèse, le principe de la transmission universelle du patrimoine peut se heurter aux clauses d'agrément figurant dans les statuts de la société au sein de laquelle la société absorbée a des actions. L'existence d'une telle clause s'oppose, d'une part, au principe du transfert universel du patrimoine qui illustre l'esprit d'une opération de fusion¹⁰⁶⁴. Cette dernière ne devrait pas être entravée par une procédure d'agrément affectant la transmission d'un des éléments du patrimoine¹⁰⁶⁵. D'autre part, rompant avec la règle de libre négociabilité des titres, l'intérêt de prévoir une telle clause dans les statuts de la société est de la faire jouer lorsqu'il y a un risque d'atteinte à l'intuitu personae du cocontractant, notamment en matière de fusion¹⁰⁶⁶. La jurisprudence française¹⁰⁶⁷ a eu l'occasion de se pencher sur cette question ; elle considère que la clause d'agrément s'applique à la transmission de parts et actions découlant d'une opération de fusion¹⁰⁶⁸. Elle a énoncé plusieurs fois que « la fusion ne figure pas expressément au nombre des actes pour lesquels la clause d'agrément prévue dans les statuts d'une SA est interdite »¹⁰⁶⁹. Cette jurisprudence est critiquable car elle contraint les juges à rechercher d'une façon arbitraire et incertaine de la volonté des associés, ce qui est considéré comme élément d'insécurité dans le domaine de la fusion¹⁰⁷⁰. Dans une autre affaire, la chambre commerciale de la Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel¹⁰⁷¹ décidant que « rien n'interdit d'étendre l'application d'une clause d'agrément à des opérations de fusion par une mention expresse des statuts et

¹⁰⁶⁴ P.-Y. Bérard, Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae, préc, n° 12 et s.

¹⁰⁶⁵ B. Espesson-Vergeat, Le clair-obscur de la clause d'agrément dans les opérations de fusion, Petites aff. 2004, n° 6, p. 15.

¹⁰⁶⁶ J. Moury, Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions, RTD com. 1989, p. 157.

¹⁰⁶⁷ En droit syrien, cette question n'a pas été envisagée ni par la doctrine ni par la jurisprudence.

¹⁰⁶⁸ Cass. com., 3 juin 1986, D. 1987, p. 75 ; RTD com. 1987, p. 209.

¹⁰⁶⁹ Cass. com., 19 avr. 1972, D. 1972, jurispr., 538, note D. Schmidt; Cass. com., 3 juin 1986, D. 1987, jurispr., p. 85, note J.-J. Daigre; Cass. com., 6 mai 2003: Bull. Joly sociétés 2003, §173, p. 813.

¹⁰⁷⁰ Dans le même sens, v. M. Jeantin, Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales, préc ; J.-P. Bertel, Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ?, Dr. et patrimoine, 2003, p. 33.

¹⁰⁷¹ CA Paris, 3^e ch. sec. B, 9 fév. 2006.

que la mise en œuvre d'une telle stipulation n'est affectée d'aucune impossibilité »¹⁰⁷². L'absence de la demande d'agrément emporte la nullité de l'opération¹⁰⁷³.

En tout état de cause, « *tout dépend de la rédaction de la clause, qu'il appartient au juge d'appliquer si elle est claire et qu'il lui incombe d'interpréter souverainement, si elle est obscure* »¹⁰⁷⁴. Les juges du fond doivent donc rechercher la volonté des actionnaires et préciser ce qu'ils entendent viser comme opération lors de la stipulation de la clause d'agrément¹⁰⁷⁵.

365. Quant aux titres nantis, la question se pose de savoir si les titres grevés de nantissement sont concernés par la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée. A priori, le créancier gagiste bénéficie d'un droit de rétention sur les parts et actions nanties¹⁰⁷⁶. Il peut s'opposer à leur transmission à un tiers puisqu'elles ne sont pas encore remboursées¹⁰⁷⁷. Puisque ces parts et actions sont inscrites dans un registre¹⁰⁷⁸, le teneur de compte peut s'opposer à leur transfert tant que le créancier n'a pas encore donné mainlevée¹⁰⁷⁹. Afin de résoudre ce problème, selon une partie de la doctrine, il faut avoir l'autorisation du créancier nanti en justifiant que, d'une part, la fusion n'aura pour effet

¹⁰⁷² Cass. com., 15 mai 2007, préc.

¹⁰⁷³ Art. L. 228-23, al. 5, C. com. Néanmoins, en cas de refus d'agrément, la société bénéficiaire peut obtenir le rachat des titres conformément aux dispositions de l'article L. 228-24 du Code de commerce. Pour une illustration, voir CA Paris, 9 fév. 2006, préc ; I. Urbain-Parleani, Sociétés anonymes-Fusion-absorption-Clause d'agrément-Applicabilité (oui)-Non respect de la procédure d'agrément-Conséquence-Application du dispositif de rachat (art. L. 228-4), Rev. sociétés 2006, p. 431 ; A. Lienhard, Sanction du non-respect des clauses d'agrément en cas de fusion-absorption, D. actualité 2006.

¹⁰⁷⁴ P. Didier et Ph. Didier, Droit commercial, Les sociétés commerciales, préc, n° 1453, p. 1032. En ce sens, on constate que la Cour d'appel de Rouen a précisé, dans arrêt rendu le 9 juin 2011, qu'il « ne peut être admis que le terme de transfert employé dans la clause statutaire englobe une opération de fusion-absorption » (CA Rouen, ch. civ. et com., 9 juin 2011), alors que les statuts de la société concernée soumettent à agrément « le transfert d'actions à un tiers non-actionnaire de la société, à quelque titre que ce soit » : v. Ph. Merle, Clause d'agrément et fusion...encore !, préc, n° 5.

¹⁰⁷⁵ B. Espesson-Vergeat, Le jeu des clauses d'agrément et de préemption lors de la transmission universelle du patrimoine de la société, D. 2003, p. 1216.

¹⁰⁷⁶ En droit syrien, art. 257-1, C. civ. et en droit français, v. art. 2286 du Code civil et art. L. 211-20, IV, C. mon. et fin. ; voir également P. Crocq, Nantissement, Dalloz, 2008, n° 78 ; P. Didier et Ph. Didier, Les sociétés commerciales, préc, n° 1454, 1033.

¹⁰⁷⁷ X. Jaspard et N. Métais, Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et contraintes afférentes à certains biens, préc, n° 2 ; A. Abdeldayem, Traité de droit civil, Les obligations, t. II, éd. PU, Université d'Alep, 2007, p. 163 ; F. Saleh, La nature juridique du droit de détention (étude comparée), Revue des sciences économiques et juridiques, Université de Damas, 2013, n° 29, p. 49.

¹⁰⁷⁸ Pour les titres financiers, ils sont inscrits dans un compte-titres (art. L. 211-3, C. mon. et fin.). En droit syrien, voir art. 96-4, C. soc.

¹⁰⁷⁹ V. M. Mercadal et M. Jeantin, Mémento Lefebvre, Sociétés commerciales, préc, n° 2517-2.

d'altérer ses droits, et que ,d'autre part, il dispose de droit d'opposition¹⁰⁸⁰.

Dans les deux cas susmentionnés, on peut estimer qu'il vaut mieux admettre la libre transmissibilité des titres, qu'ils soient affectés de clause d'agrément ou grevés de nantissement, sauf démonstration par le cocontractant ou le créancier nanti d'un motif légitime de s'opposer à cette transmission lorsque la personne du nouveau titulaire des titres ne présente pas les mêmes garanties que celles de l'apporteur. La transmissibilité de ces titres demeure favorable puisqu'elle est compatible avec l'esprit de principe de la transmission universelle de patrimoine.

La transmission de ces titres, des contrats et des droits de la société apporteuse de patrimoine implique corrélativement la transmission des obligations de celle-ci.

§II. La transmission des éléments du passif du patrimoine de la société absorbée

366. Par l'effet de la transmission universelle du patrimoine, la fusion emporte le transfert du passif de l'absorbée à l'absorbante. Cette dernière bénéficie du transfert de l'intégralité du passif de l'absorbée (1°), sous réserve, cependant, de certains éléments passifs (2°) qui restent malgré la fusion intransmissibles.

A. L'énoncé du principe de la transmission du passif

367. Le principe de transmission universelle de patrimoine intéresse non seulement les éléments actifs de la société qui disparaît, mais aussi les éléments passifs qui sont dévolus à la société absorbante¹⁰⁸¹. Même si elle n'a jamais été évoquée expressément par la jurisprudence syrienne, cette règle s'applique concomitamment en droit français et en droit syrien. Par l'effet de la transmission universelle, la société absorbante acquiert les biens et les créances de

¹⁰⁸⁰ M.-L. Coquelet, « Fusion, scission, apport partiel d'actif », Joly Sociétés, Traité, n° 114.

¹⁰⁸¹ D. Gibrila, préc, n° 83.

la société absorbée et reçoit, en revanche, les charges et les obligations de cette dernière ; le passif de l'absorbée se transmet de plein droit à l'absorbante¹⁰⁸². La transmission du passif est donc une conséquence inévitable du principe de la transmission universelle du patrimoine du fait de la fusion¹⁰⁸³. Tel est le cas de l'obligation de non-concurrence qui est transmise de la société absorbée à la société absorbante¹⁰⁸⁴. De ce fait, l'absorbante devient débitrice, à la place de l'absorbée, d'une obligation de non-concurrence¹⁰⁸⁵. Aussi, l'obligation souscrite par l'absorbée auprès des organismes de prévoyance sociale est transférée de plein droit à l'absorbée¹⁰⁸⁶. La société absorbante est également tenue de respecter l'engagement de revente pris par la société absorbée envers l'administration fiscale « peu important à cet égard les stipulations du traité de fusion »¹⁰⁸⁷. De même, il a été jugé que l'absorbante supporte toutes les conséquences mises à la charge de la société absorbée, du fait de la fusion, d'un accident de travail arrivé à l'un de ses salariés¹⁰⁸⁸.

Par voie de conséquence, la mise en œuvre du principe de transmission du passif suppose que la société absorbante devient automatiquement débitrice des créanciers de la société absorbée, sans que cette substitution emporte novation à leur égard¹⁰⁸⁹. La substitution passive de l'absorbante à l'absorbée ne se limite pas aux dettes nées au jour de l'opération, elle s'étend à celles qui seraient nées au jour de la réalisation définitive de la fusion¹⁰⁹⁰.

368. Par ailleurs, la règle de la transmission universelle du patrimoine couvre, en principe, l'ensemble des éléments passifs même si le traité de fusion en dispose autrement. En

¹⁰⁸² A. Bonnasse et N. Jüllich, préc, n° 73 ; H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 58 ; A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 42, p. 38.

¹⁰⁸³ Art. L. 236-3, I, C. com.

¹⁰⁸⁴ Cass. com., 13 fév. 1963 : Bull. civ. 1963, III, n° 104.

¹⁰⁸⁵ F. Dannenberger, préc, n° 25.

¹⁰⁸⁶ CA Versailles, 5^e ch., sec. A, 4 fév. 1994 : Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 553, obs. M. Coquelet ; CA Paris, 11 juin 1969 : D. 1969, p. 611.

¹⁰⁸⁷ Cass. com., 7 avr. 2010, n° 09-65899 : Bull. 2010, IV, n° 72 ; Lamy fiscal, Régime des marchands de biens : exonération de droits de mutation, Les nouvelles fiscales 2011, n° 1064.

¹⁰⁸⁸ Cass. soc., 29 avr. 1980, n° 79-11496 : Bull. des arrêts C. Cass. Ch. Soc. n° 383 ; JurisData n° 1980-700383 ; Bull. Joly Sociétés 1980, p. 613.

¹⁰⁸⁹ Art. L. 236-14, al. 1^{er}, C. com. En application des dispositions de cet article, l'absorbante est tenue par les obligations contractuelles et délictuelles de l'absorbée. Toutefois, Cette conséquence résulte, en droit syrien, de l'article 222 du Code des sociétés selon lequel la société absorbante est considérée comme ayant cause à titre universel de la société absorbée. En contrepartie, le législateur égyptien a bien envisagé cette conséquence à l'article 298 du règlement exécutif du Code des sociétés qui précise que « lors de la réalisation de la fusion, la société absorbante devient débitrice au lieu et place de la société absorbée ». Sur ce point, voir également Cass. com., 12 nov. 2002, n° 565 ; S. Alkalyoubi, Les sociétés commerciales, préc, n° 88, p. 201 et 202 ; H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 505 et s.

¹⁰⁹⁰ Cass. com., 13 février 1963, préc ; Cass. com., 4 fév. 1997, n° 94-15282, SARL Sermi II c/SCPI Participation foncière n° 1 et autre ; v. également J. Bonnard, Cours en droit des sociétés, univ. Paris 8, 2013, p. 33, disponible sur le site www.ufr-droit.univ-paris8.fr.

ce sens, la Cour de cassation considère que la clause serait inefficace lorsqu'elle ne vise que les dettes antérieures à la fusion¹⁰⁹¹. Elle a décidé que « nonobstant la clause du traité de fusion selon laquelle la société bénéficiaire prendrait à sa charge le passif social de la société absorbée à la date du 31 mars 1989 », la société absorbante était tenue au paiement des loyers impayés par la société cessionnaire du bail¹⁰⁹² et dont la société absorbée s'était portée garante à l'égard des bailleuses¹⁰⁹³. Il en résulte que les stipulations du traité de fusion ne peuvent pas limiter le principe de transmission universelle¹⁰⁹⁴.

Pour bien résumer le principe de transmission du passif, on pourrait énoncer deux points essentiels. D'un côté, « *l'obligation de la société absorbée survit à la fusion, sans être modifiée ni dans sa cause ni dans sa nature ni dans les garanties dont elle est assortie, ni dans ses modalités* »¹⁰⁹⁵. D'autre côté, la société absorbante est responsable de toutes les dettes de la société absorbée, y compris celles qui ne sont pas expressément mentionnées dans le traité de fusion¹⁰⁹⁶. Dans ce cas, le juge du fond apprécie les dettes devant être transférées à l'absorbante¹⁰⁹⁷. D'ailleurs, il n'est pas suffisant que le législateur syrien énonce que la société absorbante est considérée comme ayant cause universel de la société absorbée. Il est plus adéquat que, comme l'ont prévu le législateur français et égyptien, le législateur prévoit que la société absorbante devient débitrice au lieu et place de la société absorbée.

Comme le principe de transmission d'actif, le transfert universel des éléments passifs n'est pas absolu : il est subordonné à certaines exceptions.

¹⁰⁹¹ La clause couvre uniquement le passif social de l'absorbée à partir du 31 mars 1989, alors que la fusion a été effectuée le 6 janvier 1990.

¹⁰⁹² La société absorbée a cédé, le 27 septembre 1987, son bail, qui lui avait été accordé, le 19 novembre 1984, par les Sociétés civiles de participation foncière (SCPF), à la société Bao Ping.

¹⁰⁹³ Cass. com., 4 fév. 1997, préc.

¹⁰⁹⁴ F. Dannenberger, préc, n° 25 ; M.-L. Coquelet, Etendue de l'obligation au passif de la société absorbante : Bull. Joly sociétés 1997, n° 5, p. 448 ; F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 83.

¹⁰⁹⁵ P. Mabilat, note sous Cass. com., 25 oct. 1983, Rev. sociétés, 1984, p. 297 ; P. Didier et Ph. Didier, préc, n° 1458, p. 1037.

¹⁰⁹⁶ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 83812 ; D. Gibirila, préc, n° 73 ; Ph. Merle, Sociétés commerciales, préc, n° 823, p. 928.

¹⁰⁹⁷ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 83812.

B. Les tempéraments

369. Naturellement, par l'effet de la transmission universelle de patrimoine, tout le passif de la société absorbée est dévolu à la société absorbante. Ce principe connaît néanmoins des limites pouvant limiter son étendue. La responsabilité pénale de la société absorbée en fait un exemple (1°). D'ailleurs, deux cas particuliers sont remis en question quant à leur transmission. Le premier concernant la responsabilité personnelle de l'absorbée de l'infraction qu'elle commet et porte sur l'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles commises par celle-ci (2°), alors que le deuxième relatif à la transmission du cautionnement engagé par la société absorbée (3°).

1° La responsabilité de la société absorbée en matière pénale

370. Le législateur français et syrien se rapproche sur le fait que la responsabilité pénale de la société absorbée est intransmissible à la société absorbante (a). Toutefois, le droit syrien rompt avec le droit syrien quant à la transmission de la peine d'amende (b).

a) Le rapprochement entre le droit français et le droit syrien quant à l'intransmissibilité de responsabilité formant la matière pénale

371. En droit pénal, le législateur a consacré le principe de la personnalité des peines. Aux termes de l'article 121-1 du Code pénal français et 209-1 du Code pénal syrien, nul n'est responsable pénalement que de son propre fait¹⁰⁹⁸. Le rayonnement de ce principe ne cesse pas de s'étendre¹⁰⁹⁹ ; après sa consécration législative, le Conseil constitutionnel l'a revêtu

¹⁰⁹⁸ Ce principe est également consacré par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 (art. 8 et 9 DDHC) et la Convention Européenne des Droits de l'Homme (art. 6, §2 CEDH).

¹⁰⁹⁹ H. Matsopoulou, C. Mascala et A. Reverdy, *Lamy Droit Pénal des Affaires*, 2015, n° 148.

une valeur constitutionnelle¹¹⁰⁰. En application de ce principe, la responsabilité pénale est individuelle et, par conséquent, on ne peut pas condamner quelqu'un pour des délits ou crimes commis par un autre¹¹⁰¹. De fait, on peut se demander lorsqu'une société absorbée commet un délit et, par le fait son absorption, perd son existence, s'il est possible de transmettre la responsabilité de celle-ci à la société absorbante ?

372. Au préalable, le principe posé par le Code pénal ne fait aucune distinction entre personne physique et personne morale. Or, il suffit, selon certains auteurs, de transposer ici les règles applicables aux personnes physiques lorsque le condamné est mort¹¹⁰². La poursuite pénale s'éteint par la mort du prévenu¹¹⁰³. La disparition de la société absorbée est un événement identique à la mort de personne physique. En effet, la dissolution de la personne morale par le cas de fusion s'analyse comme une mort, et la transmission du patrimoine de la personne morale dissoute est similaire au transfert *mortis causa*¹¹⁰⁴. La responsabilité pénale est donc personnelle et on ne peut pas condamner quelqu'un pour une infraction commise par son auteur¹¹⁰⁵. En l'absence de la jurisprudence syrienne sur ce point, la chambre commerciale de la Cour de cassation française¹¹⁰⁶ énonce que « le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions s'oppose à ce que, en l'absence de dispositions dérogatoires expresses, des personnes physiques ou morales autres que l'auteur du manquement en cause puissent se le voir imputer et faire l'objet de sanctions pénales »¹¹⁰⁷. Il en résulte que la société absorbante ne peut être responsable pénalement des faits commis par la société absorbée. Cette solution a été confirmée par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans deux arrêts rendus le 20 juin 2000¹¹⁰⁸ et le 14 octobre 2003. Elle a décidé que « alors que

¹¹⁰⁰ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, JO, 19 juin 1999, p. 9018 : Rec., p. 75. En droit syrien, ce principe a été consacré par la constitution dans l'article 51 qui précise que la responsabilité pénale est personnelle (art. 51-1 de la nouvelle Constitution du 27 février 2012).

¹¹⁰¹ F. Alshazly, La responsabilité pénale, 2^e tome, La Presse universitaire, Egypte, 2006, p. 30 et s. ; R. Alattour, La responsabilité pénale de la personne morale, La revue de l'université de Damas, 2006, n° 2, p. 343 ; Y. Mawafi, La personne morale et sa responsabilité juridique, L'établissement de la connaissance, 1^{er} éd. Egypte, 1998, p. 38 et s.

¹¹⁰² J.-F. Barbière, Responsabilité pénale des personnes morales, Bull. Joly sociétés, 2004, n° 2, p. 256.

¹¹⁰³ Art. 6 du Code de procédure pénale (C. proc. pén.)

¹¹⁰⁴ J.-F. Barbière, Responsabilité pénale des personnes morales, op.cit.

¹¹⁰⁵ A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 42, p. 38.

¹¹⁰⁶ Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16439, arrêt n° 1237 P.

¹¹⁰⁷ H. Matsopoulou, La société absorbante n'est pas pénalement responsable de l'infraction commise par la société absorbée, Rec. D. 2001, p. 853.

¹¹⁰⁸ Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86742 : Bull. crim. 2000, n° 237, p. 702 "alors que l'absorption avait fait perdre son existence juridique à la société absorbée, la juridiction du second degré a méconnu les textes et principe rappelés ci-dessus (art. 121-2 et 133-1, C. pén.) » ; voir aussi L. Gamet, Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés, JCP G 2001, I, n° 345 ; D. Vich-Y-Llado, La responsabilité des personnes morales en cas de fusion, JCP E 2001, p. 838 ; B. Bouloc, Intransmissibilité de la

nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ; que la société Acetex Chimie (la société absorbante) ne pouvait être déclarée coupable ni condamnée pour des faits commis par la société Pardies Acétiques (la société absorbée) qui avait perdu son existence juridique par suite d'une fusion »¹¹⁰⁹. En conséquence, le principe du transfert intégral du patrimoine de l'absorbée à l'absorbante ne pourrait pas être invoqué pour fonder la transmission d'imputabilité des comportements délictueux de la société absorbée¹¹¹⁰. Une telle transmission heurtant les dispositions des articles 121-1 du Code pénal français et 209-1 du Code pénal syrien¹¹¹¹.

373. Cette application stricte des articles 121-1 et 209-1 du Code pénal et de la jurisprudence de la Cour de cassation est critiquable car elle ne prend pas en compte la nature spécifique de la fusion, notamment l'effet de la transmission universelle de patrimoine. Cela montre la difficulté d'adaptation du Code pénal aux personnes morales intervenantes aux opérations de fusion. On ne peut pas assimiler la dissolution sans liquidation de la société absorbée à la mort de la personne physique. L'intransmissibilité de la responsabilité pénale du défunt aux héritiers a pour objectif de protéger ceux-ci des comportements illicites personnels commis par leur défunt. Quant à la fusion, outre la transmission universelle des droits et obligations, les associés de la société absorbée deviennent automatiquement associés de la société absorbante et reçoivent des actions et parts de celle-ci. Il y a en effet une certaine continuation dans la société absorbante. En conséquence, faute de dispositions dérogatoires, un appel aux législateurs français et syrien devient préférable pour que le droit pénal soit adapté à la spécificité de la personne morale. Pour limiter l'application rigoureuse de la règle de la personnalité des peines, la transmission universelle peut comprendre la transmission de la peine d'amende.

responsabilité pénale en cas de fusion, RSC 2001, p. 153.

¹¹⁰⁹ Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86376 FSPF n° 4992 : Bull. Crim. 2003, n° 189, p. 778; v. également Y. Muller, La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption, JCP E 2004, I, n° 1151.

¹¹¹⁰ Il convient par ailleurs de préciser que l'action publique engagée à l'égard de la société absorbée est éteinte à la suite de fusion. En ce sens, la Cour de cassation a décidé, dans son arrêt du 9 septembre 2009, que la « fusion faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, l'action publique est éteinte à son égard » (Cass. crim., 9 septembre 2009, pourvoi n° 08-87312). Pourtant, l'extinction de l'action publique n'a pas pour effet de mettre fin à l'action civile. La charge de la réparation du préjudice subi par la victime est transmise à la société absorbante (X. Vamparys, Effet d'une fusion sur l'action publique engagée à l'égard de la société absorbée, Bull. Joly sociétés, 2010, n° 2, p. 179).

¹¹¹¹ C. Mascala, Fusion-absorption et responsabilité pénale des personnes morales : le choc entre le droit des sociétés et le droit pénal, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 1, p. 39 ; I. Urbain-Parleani, La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions, Rev. soc. 2001, p. 851.

b) La rupture entre le droit français et le droit syrien quant à la transmission de la peine d'amende

374. Le rapprochement entre le droit français et le droit syrien quand à la transmission de la responsabilité pénale n'est pas parfaitement absolu. L'intransmissibilité de la responsabilité pénale se heurte à la limite de la sanction patrimoniale qui peut être transmise lors de la fusion. Cette une particularité de droit français qui n'est cependant pas admise en droit syrien. En droit français, l'intransmissibilité de l'infraction commise par l'absorbée à l'absorbante n'empêche pas de mettre à la charge de l'absorbante le montant de l'amende pénale dès que celle-ci a été prononcée avant la réalisation de la fusion¹¹¹². Le recouvrement de l'amende et l'exécution de la confiscation est expressément prévu à l'article 133-1 du Code pénal qui concerne l'exécution des peines dès le décès de la personne ou la dissolution de la personne morale¹¹¹³. Le texte apporte donc une exception au principe de responsabilité personnelle en matière pénale¹¹¹⁴. L'étendue de ce texte est discutable. Certains auteurs considèrent que l'article 133-1 du Code pénal ne vise que la dissolution avec liquidation, mais le principe de la transmission universelle suffit pour faire peser la charge de la condamnation sur la société absorbante¹¹¹⁵. Pour d'autres, l'article joue également en cas de dissolution sans liquidation car il vise la dissolution de la personne morale, peu importe que la dissolution emporte ou non liquidation¹¹¹⁶. Pour le Garde des sceaux¹¹¹⁷, les dispositions de l'article 133-1 ne portent nullement atteinte au principe de la personnalité des peines et ne font que consacrer dans le Code pénal une règle traditionnelle issue de l'article 870 du Code civil¹¹¹⁸.

¹¹¹² I. Urbain-Parleani, « Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. sociétés* 1993, p. 239 ; M.L. Coquelet : « La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés », thèse Paris X, 1994, n° 273 ; H. Le Nabasque, note sous CA Paris, 14 mai 1997, *Rev. sociétés* 1997, p. 827. V. aussi G. R. De Boubée, *Etendue de la responsabilité de la société absorbante du fait des infractions commises par la société absorbée*, *Rec. D.* 2002, p. 1802.

¹¹¹³ V. art. 133-1 du code pénal qui prévoit que « (...) il peut être procédé au recouvrement de l'amende et des frais de justice ainsi qu'à l'exécution de la confiscation après le décès du condamné ou après la dissolution de la personne morale jusqu'à la clôture des opérations de liquidation ».

¹¹¹⁴ La fraude constitue également une échappatoire au principe de personnalité des peines (« la COB n'a pas constaté que la société CIP aurait procédé à sa scission et à sa dissolution dans le but avéré d'éluider toute poursuite et aurait ainsi commis une fraude à la loi susceptible de vicier l'opération » : *Cass. com.*, 15 juin 1999, préc.). Sur cette question, v. N. Rontchevsky, *Impossibilité d'imputer une infraction aux sociétés issues de la scission de la personne morale auteur d'une infraction*, *RTD com.* 1999, p. 914.

¹¹¹⁵ F. Stasiak, *fusion et responsabilité pénale des personnes morales en droit boursier*, in *Mélanges Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 1091.

¹¹¹⁶ I. Urbain-Parleani, *La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions*, op. cit.

¹¹¹⁷ *JO AN (Q)*, n° 48575, 15 juin 1992, p. 2676.

¹¹¹⁸ Il dispose que « les cohéritiers contribuent entre eux au paiement des dettes et charges de la succession,

Cela s'explique par la transmission toute dette à laquelle l'auteur était tenue quelle que soit son origine¹¹¹⁹. Bien que la transmission de l'amende soit la conséquence du principe de la transmission universelle ou l'application de l'article 133-1, qui vise à la dissolution sans liquidation, celle-ci demeure une dette de la société absorbée qui passerait sur la tête de la société absorbante, comme toute autre dette. En conséquence, le montant de l'amende auquel l'absorbée a été condamné constitue une obligation qui doit être transférée à l'absorbante.

375. En revanche, en droit syrien, l'article 149-3 du Code pénal énonce un principe général selon lequel la mort du prévenu met terme au recouvrement de l'amende prononcée à son égard. Hormis ce texte, on ne trouve pas une disposition parallèle qui peut être applicable à la dissolution de la personne morale. L'application stricte de l'article 149-3 à la dissolution sans liquidation de la personne morale, nous conduit à en conclure que le recouvrement de l'amende pénale prononcée à l'égard de la société absorbée ne se trouve pas transmis, du fait de la fusion, à la société absorbante. On peut regretter cette solution car l'application stricte de l'article 149-3 du Code pénal est contraire à l'esprit de principe de la transmission universelle de patrimoine. En conséquence, on peut, d'une part, fait valoir que l'application de l'article 222 du Code des sociétés semble une solution admissible. En sa qualité d'ayant cause universel, la société absorbante, comme elle bénéficie des droits de la société absorbée, elle devra acquitter les dettes de celle-ci. L'amende impayée est une dette de l'absorbée et l'obligation au paiement doit être transmise à l'absorbante, comme toute autre obligation. D'autre part, on peut faire appel aux solutions retenues en droit français qui peuvent combler les lacunes de droit syrien. Un appel au pied du législateur demeure la meilleure solution pour répondre à nos souhaits d'adopter des dispositions particulières en la matière.

Puisque la responsabilité pénale de la société absorbée constitue une limite au principe de la transmission universelle du patrimoine, cela nous amène à se demander si cette limitation vaut-elle aussi pour les pratiques anticoncurrentielles commises par celle-ci ? Autrement dit, est-ce que les comportements illicites commis par l'absorbée en violation de la règle de la concurrence restreignent-ils le principe de la transmission universelle de patrimoine ?

chacun dans la proportion de ce qu'il y prend ».

¹¹¹⁹ V. la réponse ministérielle à la question n° 48575, préc ; « les dettes successorales provenant d'une amende perdent leur caractère pénal et s'analysent en une obligation de nature civile ».

2° La spécificité de la question de la responsabilité de la société absorbée en droit de la concurrence

376. En droit de concurrence, la liberté de concurrence est une règle fondamentale devant être respectée. Les pratiques anticoncurrentielles¹¹²⁰ sont des comportements contraires à la règle de concurrence ayant pour effet « d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché »¹¹²¹. Les entreprises seraient en effet sanctionnées lorsqu'elles commettent ces pratiques illicites¹¹²². De ce fait, la question se pose de savoir si la responsabilité de l'entreprise absorbée auteur du comportement anticoncurrentiel est-elle transmise lors de la fusion à la société absorbante ?

De prime abord, une entreprise poursuivie n'encourt de sanction qu'à raison de son propre fait. Le principe de personnalité des peines s'oppose à toute imputabilité de sanction à une personne qui n'en serait pas l'auteur¹¹²³. Cependant, ce principe ne trouve pas application en droit de la concurrence¹¹²⁴, notamment en matière de pratiques anticoncurrentielles. L'inexistence de solutions de jurisprudence et de doctrine en droit syrien nous amène à traiter cette question en droit français. Lorsque la personne morale coupable de pratiques anticoncurrentielles disparaît du fait de la fusion, l'Autorité de la concurrence applique le principe de la « continuité économique et fonctionnelle » pour faire supporter la société absorbante la responsabilité de la société absorbée¹¹²⁵. Dans son rapport pour 1998, elle précise que « lorsqu'est intervenue une opération de fusion absorption, la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise est assurée par l'absorbante »¹¹²⁶. Il en ressort que l'Autorité de la concurrence adopte une position qui n'est pas différente, quant aux effets, du principe de la transmission universelle du patrimoine lors d'une fusion¹¹²⁷. Dans ce sens,

¹¹²⁰ Ces pratiques sont, pour l'essentiel, des ententes (art. L. 420-1, C. com., art. 101 du traité de Lisbonne du 13 déc. 2007 et en droit syrien, art. 5-a de la loi n° 7 du 3 avr. 2008 relative à la concurrence) et des abus de position dominante (art. L. 420-2, al. 1^{er}, C. com., art. 106 du Traité de Lisbonne et, en droit syrien, art. 6 de la loi n° 7 du 3 avr. 2008).

¹¹²¹ En droit français, art. L. 420-1, C. com. et, en droit syrien, art. 1^{er} de la loi n° 7 du 3 avr. 2008.

¹¹²² Art. L. 420-6, C. com. et art. 23 n° 7 du 3 avr. 2008.

¹¹²³ M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, Droit de la concurrence, 1^{er} éd. Dalloz 2006, n° 306, p. 267.

¹¹²⁴ L. Arcelin-Lécuyer, L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH : RLC 2007, n° 11, p. 100

¹¹²⁵ M.- Ch. Sordino, La responsabilité morale de la personne morale, Lamy Droit Pénal des Affaires, 2014, n° 148.

¹¹²⁶ Cons. conc., rapp. ann. pour 1998, 2^e Partie, Chapitre I C, disponible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php ; voir aussi Cons. conc., déc. n° 03-D-12, 3 mars 2003 : BOCC 16 juin 2003.

¹¹²⁷ O. Ancelin-Ménais, L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, La Semaine Juridique Entreprise et

l'Autorité de la concurrence énonce, dans le rapport pour 2001, que « lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu, les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise c'est-à-dire à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques. Il peut s'agir de la société qui a absorbé l'auteur des pratiques ou encore de la société résultant de la fusion entre l'auteur des pratiques et une autre entité »¹¹²⁸. De fait, la responsabilité des agissements illicites commis par la société absorbée est transférée à la société absorbante¹¹²⁹.

377. La Cour de cassation confirme, de sa part, le critère « la continuité économique et fonctionnelle » de l'entreprise absorbée fautive¹¹³⁰. A été jugé que lorsque l'entreprise reprend les moyens humains et matériels ayant concouru à la commission de l'infraction, elle assure « la continuité économique et fonctionnelle » de l'entreprise coupable et supporte, par conséquent, la sanction¹¹³¹. Ce principe n'est pas néanmoins propre au droit français, il était déjà invoqué en droit européen¹¹³² pour incriminer la personne morale étrangère à la commission des pratiques prohibées lorsque la personne morale responsable n'existe plus¹¹³³. En conséquence, dans le cadre de fusion, en cas d'absorption de la personne morale qui exploite l'entreprise fautive, les faits litigieux et la sanction sont transmis à la personne

Affaires, 2008, n° 14, p. 1428 ; L. Arcelin, Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en cas de restructuration, JCl. Conc. Cons. 2013, n° 71.

¹¹²⁸ Rapp. Cons. conc., 2001, 2^e partie, Titre III, Chapitre III, 1, disponible sur le site www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php ; voir également L. Arcelin, Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, préc.

¹¹²⁹ Il faut souligner que l'infraction commise par la société qui disparaît peut être imputée à la société absorbante aussi bien à la société nouvellement créée du fait de la fusion (Cons. conc., déc. n° 03-D-01, 14 janv. 2003, relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux : BOCC 8 oct. 2003). Pour plus d'illustration, voir Cons. conc., Déc. n° 96-D-64, 20 nov. 1996 ; Cons. conc., déc. n° 04-D-43, 8 sept. 2004 : BOCC 9 déc. 2004 ; Cons. conc., déc. n° 05-D-17, 27 mars 2005 : BOCC 28 oct. 2005 ; Cons. conc., déc. n° 05-D-47, 28 juill. 2005 : BOCC 14 mars 2006 ; Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006 : BOCC 2006, p. 12 ; Cons. conc. Déc. n° 06-D-07 bis, 21 mars 2006 : BOCC 26 janv. 2007 ; CJCE, 8 juill. 1999, aff. C-49/92 P, Commission c/ Anic Partecipazioni SpA, Rec. CJCE, I, p. 4125.

¹¹³⁰ L. Chatain-Autajon, Pratiques anticoncurrentielles et restructuration : qui supporte la sanction ?, Rev. Lamy de la Concurrence, 2006, n° 9.

¹¹³¹ Cass. com., 28 fév. 2006, n° 05-12138, Bull. civ. 2006, IV, n° 49, p. 49 ; cass. com., 28 janv. 2003, n° 01-00528, Bull. civ. 2003, IV, n° 12, p. 14.

¹¹³² A été décidé que « lorsque entre le moment où l'infraction est commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble » (TPICE, 17 déc. 1991, aff. 6/89 : Rec. p. II-1623) ; v. aussi TPICE, 14 mai 1998, aff. 327/94 : Rec. p. II-1373.

¹¹³³ R. Bout, M. Bruschi, M. Luby et S. Poillot-Perruzzeto, Lamy Droit économique 2006, n° 1166.

morale absorbante¹¹³⁴. Il paraît que la Cour de cassation et l'Autorité de la concurrence ont pris leurs décisions conformément à la jurisprudence communautaire qui avait retenue la même solution¹¹³⁵. Mais, la Cour suprême n'a pas abandonné la solution qu'elle avait précédemment retenue en ce qui concerne la responsabilité pénale de l'absorbée¹¹³⁶.

Pour résumer, le principe de la personnalité des peines peut être méconnu en matière de pratiques anticoncurrentielles commises par la société absorbée. À ce stade, la responsabilité pénale ne survit pas à l'auteur de l'infraction. Cela signifie que les comportements illicites commises, en droit de concurrence, par l'absorbée ne constituent pas une exception à la règle de la transmission du passif de celle-ci. Ce cas particulier échappe, contrairement à la responsabilité pénale de l'absorbée en matière pénale, aux limites apportées à ce principe. Il échappe également à l'application du principe de personnalité des peines de l'article 121-1 du Code pénal français et l'article 209-1 du Code pénal syrien.

Cette solution vaut-elle également pour la question de la transmission du cautionnement souscrit par la société débitrice absorbée ? Autrement dit, dans le cautionnement, la règle générale de la transmission universelle joue-t-elle naturellement son rôle ? Ce principe est-il totalement respecté en présence de cautionnement dans le patrimoine de la société débitrice absorbée ?

¹¹³⁴ Cons. conc., déc. n° 00-D-22, 16 juin 2000 ; Cons. conc., déc. n° 02-D-36, 14 juin 2002, Recueil Lamy n° 894, note V. Sélinsky ; Cons. conc., déc. n° 04-D-43, 8 sept. 2004, BOCCRF n° 10, 9 déc. 2004, p. 801 ; Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-10066, Bull. civ. 2004, IV, n° 132, p. 134 ; Cass. com., 20 nov. 2001 : JCP E 2002, n° 27, p. 1146, note L. Arcelin.

¹¹³⁵ TPICE, 17 déc. 1991, aff. 6/89 : Rec. p. II-1623 ; TPICE, 14 mai 1998, aff. 327/94 : Rec. p. II-1373.

¹¹³⁶ Il convient de souligner que l'assiette de la sanction peut être calculée sur la base du chiffre d'affaires de la société absorbante au moment où l'Autorité de la concurrence l'avait prononcée (Cass. com., 28 janv. 2003, préc.). Le montant maximum de l'amende est de 10% du chiffre d'affaires total réalisée par l'entreprise participant à l'infraction (art. 23, § 2, du Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, art. L. 464-2, I, al. 4, C. com. et, en droit syrien, art. 23, a, de la loi n° 7 du 3 avr. 2008). L'article 23, b, de cette dernière loi ajoute que le montant de l'amende est de 100 000 L.S. à 1 000 000 L.S. lorsque le chiffre d'affaires total ne peut pas être déterminé.

3° Le sort de la transmission du cautionnement souscrit par la société débitrice absorbée

378. En vertu du principe de la transmission universelle, tout le passif de la société absorbée est transmis à la société absorbante. Cette solution va-t-elle aussi pour le cautionnement souscrit par la société absorbée, alors que la personne de celle-ci est un élément déterminant en matière de cautionnement ?

Comme en cas de fusion de la société créancière, cette question a suscité, en raison de son absence en droit syrien, un contentieux en droit français. Elle nécessite une distinction entre, d'un côté, l'obligation de règlement et l'obligation de couverture et, d'autre côté, entre la fusion de la société débitrice avec une autre société étrangère au cautionnement et la fusion de celle-ci avec la société caution partie à ce même cautionnement. S'agissant de l'obligation de règlement, lorsque la société débitrice se fait absorber par une société tierce, la transmission des dettes antérieures à la fusion ne pose aucune difficulté. La jurisprudence considère que les dettes nées avant la fusion de la société débitrice restent garanties par la caution au profit de la société créancière¹¹³⁷. La chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 8 novembre 2005 « qu'en cas de dissolution d'une société par voie de fusion-absorption par une autre société, l'engagement de la caution garantissant le paiement des loyers consenti à la première demeure pour les obligations nées avant la dissolution de celle-ci »¹¹³⁸. D'une autre manière, en cas de fusion de la société débitrice, le cautionnement donné par celle-ci couvre les dettes nées antérieurement à la fusion¹¹³⁹. La solution apportée par la Haute juridiction tient sans doute au caractère déterminant pour la caution de la personae du débiteur. Donc, l'obligation de règlement n'est pas affectée par les opérations de fusion. Il en est de même en cas de fusion entre la société caution et une société extérieure au cautionnement. La garantie demeure en principe seulement pour les dettes antérieures à la

¹¹³⁷ Cass. com., 21 janv. 2003, Bull. Civ. IV, n° 9: « en cas de dissolution d'une société par voie de fusion avec une société, l'engagement de la caution garantissant le remboursement du prêt consenti à la première société demeure pour les obligations nées avant la dissolution de celle-ci (...) peu important que la dette n'ait pas été exigible à cette date ». Dans le même sens, Cass. com., 14 déc. 1966. Bull. civ. III, n° 482 ; Cass. com., 17 oct. 1978, Bull. civ. IV, n° 231 ; Cass. com., 25 oct. 1983, n° 82-13.358, Bull. civ. IV, no 274 ; CA Paris, 15^e ch. A, 5 janv. 1987, BRDA 1987, n° 7, p. 12; Cass. 3^e civ., 16 févr. 2000, n° 98-15.148, JCP E 2000, n° 36, p. 1386, note Th. Bonneau ; v. N. Morelli, Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion, préc.

¹¹³⁸ Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18.449, Bull. civ. IV, n° 219 ; D. 2005, p. 2875, obs. A. Lienhard, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 344, obs. P. Le Cannu, Gaz. Pal. 2005, n° 364, p. 11, obs. N. Morelli ; Dr. sociétés févr. 2006, comm. 16, obs. H. Lécuyer ; JCP G 2005, II, n° 10170, obs. D. Houtcieff ; LPA 2006, n° 4, p. 10, obs. S. Prigent ; JCP E 2006, p. 14, obs. D. Legeais.

¹¹³⁹ M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, Droit des sûretés, Litec, 9^e éd., 2010, n° 102 et s.

fusion¹¹⁴⁰. De ce fait, l'analogie entre le décès de la personne physique et la disparition de la société lors d'une fusion est parfaitement admise¹¹⁴¹. La solution va néanmoins autrement en cas de fusion entre la société débitrice et la société caution. Par l'effet de la confusion, la réunion des qualités de débiteur et de caution entraîne l'extinction de l'obligation de règlement¹¹⁴². Il paraît en effet que la solution admise en cas d'absorption de la société créancière par une société partie au cautionnement trouve également ici application¹¹⁴³.

379. En contrepartie, en ce qui concerne l'obligation de couverture, le cautionnement est éteint quant aux dettes postérieures à la fusion lorsque la société débitrice est absorbée par une société tierce¹¹⁴⁴. L'intuitu personae de l'obligation de couverture met échec au principe de la transmission universelle pour les dettes nées après la réalisation de la fusion¹¹⁴⁵. L'extinction du cautionnement pour l'avenir est exclue en cas de manifestation expresse de la caution de s'engager envers la société issue de la fusion¹¹⁴⁶. Le cautionnement donné par la société débitrice ne couvre pas les dettes nées après la fusion du fait de la disparition de l'obligation de couverture. Cette solution se transpose également à l'identique en cas d'absorption de la société caution par une société tierce¹¹⁴⁷.

380. Toutefois, un arrêt rendu le 7 janvier 2014 par la Cour de cassation vient planter le doute¹¹⁴⁸. La chambre commerciale juge « qu'en cas d'absorption d'une société ayant souscrit

¹¹⁴⁰ Cass. com., 7 nov. 1966, n° 64-11963 : Bull. civ. III, n° 421 ; CA Paris, 26 mai 1995, Dr. sociétés nov. 1995, comm. 224. Cette solution s'applique aussi en cas de fusion de deux sociétés caution d'un même débiteur (J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc., n° 1933).

¹¹⁴¹ La Cour de cassation considère que le décès de la caution personne physique constitue un terme extinctif de l'obligation de couverture de celle-ci : Cass. com., 29 juin 1982, n° 80-14160 : Bull. civ. IV, n° 258 ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, Droit des sûretés, préc., n° 666, p. 207. Sur ce point, M. Philippe SIMLER précise que « si la société débitrice fusionne avec une société tierce ou est absorbée par elle (...), ces événements emportant extinction de la personnalité morale, la situation de la caution s'en trouve affectée. C'est avec le décès (...) du débiteur qu'une analogie peut, dans cette hypothèse, être établie » : P. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, préc., n° 700, p. 705. Il en va de même pour la fusion de la société caution. Certains auteurs précisent que « il se peut (...) qu'il ait fusion de la société caution avec une société tierce. L'analogie existe alors (...) avec le décès de la caution (...) » : P. Simler et P. Delebecque, Droit civil – Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 6^e éd., 2012, p. 228.

¹¹⁴² J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc., n° 1933.

¹¹⁴³ Il faut souligner que la société caution ne peut se prévaloir de la date de la rétroactivité convenue entre les parties à la fusion pour échapper à ses obligations (cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20555, Bull. 1999, IV, n° 69, p. 56 ; Bull. Joly Sociétés 1999, p. 679, note R. Routier ; Rev. sociétés 1999, p. 339, note P. Le Cannu ; JCP E 1999, p. 1012, note A. Couret).

¹¹⁴⁴ A.-S. Barthez et D. Houtcieff, Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010, n° 1025, p. 719.

¹¹⁴⁵ M.-L. Coquelet, Le sort du cautionnement d'une ouverture de crédit en cas de fusion, Bull. Joly Sociétés 2005, n° 5, p. 586.

¹¹⁴⁶ P. Mousseron, Les conventions sociétaires, LGDJ, 2^e éd. 2014, n° 700, p. 459.

¹¹⁴⁷ J.-J. Ansault, La transmission passive du (sous-) cautionnement suscitée par l'opération de fusion, Rev. sociétés 2014, p. 291.

¹¹⁴⁸ Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20204, Bull. 2014, IV, n° 1 ; D. 2014, p. 77, obs. A. Lienhard ; Gaz. Pal. 2014,

un engagement de sous-caution, la société absorbante est tenue d'exécuter cet engagement dans les termes de celui-ci ; qu'ayant relevé que le contrat de sous-cautionnement avait été conclu antérieurement à la fusion, la cour d'appel en a exactement déduit que la Banque populaire rives de Paris était tenue de l'exécuter »¹¹⁴⁹. Cette décision est rendue dans un cas de sous-cautionnement. En raison de la relation de parenté entre le sous-cautionnement et le cautionnement, rien ne permet de penser que la Cour suprême se prononcerait différemment en cas de transmission du cautionnement¹¹⁵⁰. L'arrêt du 7 janvier 2014 illustre un revirement de jurisprudence permettant de mettre fin à la solution du principe admise depuis 1966. Selon cette jurisprudence, la caution personne morale subsiste pour les dettes nées postérieurement à la fusion¹¹⁵¹. La Cour de cassation ne suit pas, en effet, l'assimilation soutenue entre le décès de la caution personne physique et l'absorption de la société caution¹¹⁵². Par cette décision, le champ de la transmission du cautionnement en cas de fusion est élargi : la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion est de plein droit transférée à la société absorbante, sauf à prévoir dans le contrat de cautionnement que la fusion constitue un terme extinctif de l'obligation de couverture. Cela signifie que le retour à la solution classique inaugurée avant le revirement du 7 janvier 2014 passe désormais par une stipulation idoine du contrat de cautionnement¹¹⁵³. Pour être plus précis, afin de justifier leur analyse, les Hauts magistrats s'appuient sur l'article L. 236-3 du Code de commerce relatif à la transmission universelle du patrimoine. Ce principe se voit alors conférer une portée si large¹¹⁵⁴. Cependant, cet arrêt n'a pas eu d'influence sur la décision rendue par la Cour de cassation le 16 septembre 2014 concernant le cautionnement souscrit au profit de la société créancière¹¹⁵⁵. Dès lors, la jurisprudence n'entend pas opérer de distinction en matière de cautionnement que celui-ci

n° 30, p. 13, note M. Mignot ; Bull. Joly Sociétés 2014, n° 5, p. 98, note A. Couret et B. Dondero ; RTD com. 2014, p. 171, obs. D. Legeais ; Gaz. Pal. 2014, n° 35, p. 15, note A.-F. Zattara-Gros ; AJCA 2014, p. 32, note N. Picod.

¹¹⁴⁹ M. Julienne, Sous-cautionnement, fusion et obligation de couverture, Rev. Lamy Dr. civ. 2014, n° 116 ; H. Barbier, Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise, RTD civ. 2014, p. 367.

¹¹⁵⁰ V. H. Barbier, Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise, préc ; B. Marpeau et L.-G. Lundwall, Une société caution, absorbée par une autre, ne peut se prévaloir de cette fusion pour échapper à ses obligations, RLDA 2014, n° 91.

¹¹⁵¹ D. Houtcieff, Absorption de la caution : revirement ou pas revirement, telle est la question, Gaz. Du Palais, 2014, n° 100, p. 20.

¹¹⁵² N. Picod, Le sort de l'obligation de la sous-caution en cas de fusion-absorption, AJCA, 2014, p. 32 ; B. Marpeau et L.-G. Lundwall, Une société caution, absorbée par une autre, ne peut se prévaloir de cette fusion pour échapper à ses obligations, préc.

¹¹⁵³ J.-J. Ansault, La transmission passive du (sous-) cautionnement suscitée par l'opération de fusion, préc.

¹¹⁵⁴ D. Legeais, Les conséquences de l'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution, La Semaine Juridique Entreprise et Affaires, n° 4, 2014, 1033.

¹¹⁵⁵ Cass. com., 16 sep. 2014, préc.

concerne une société créancière ou débitrice¹¹⁵⁶.

381. Quant à l'absorption de la société débitrice par la société caution partie à l'opération de cautionnement ou vice-versa, la confusion entre celles-ci entraîne l'extinction de l'obligation de couverture¹¹⁵⁷. La jurisprudence interdit de cumuler simultanément les deux qualités de débiteur et de caution, elle confirme que « celui qui est débiteur d'une obligation à titre principal ne peut être tenu de la même obligation comme caution »¹¹⁵⁸. Or, les mêmes solutions envisagées pour le cautionnement en cas de fusion de la société créancière reçoivent ici application.

En somme, il nous paraît que la Cour de cassation n'envisage pas faire de distinction : elle attache les mêmes effets à la fusion peu importe qu'elle concerne des sociétés débitrices, créancières ou cautions. Il suffit, dans ce cas, de différencier l'obligation de règlement de celle de couverture. En effet, le principe de la transmission universelle est brisé en ce qui concerne les dettes cautionnées nées après la réalisation de la fusion. Ce qui nous amène à en conclure que la transmission du cautionnement souscrit par la société débitrice absorbée ne constitue pas une véritable limite au principe de la transmission universelle. C'est un cas spécial se trouve entre le principe et l'exception. Cependant, une application souple du cas de cautionnement emporte la transmission de l'obligation de couverture à moins que la caution démontre que la qualité de la personne du débiteur ne se retrouve pas chez la société absorbante et que le changement de cette qualité présente un risque d'aggravation de l'engagement de la caution.

382. Conclusion de la section III. L'analyse des effets de la fusion sur la société absorbée montre que cette opération a pour conséquence de transmettre à titre universel le patrimoine de la société absorbée. Cependant, ce principe connaît des exceptions qui restreignent son étendue. Les contrats conclus intuitu personae, les contrats administratifs, les contrats du cautionnement et la responsabilité pénale de la société absorbée en font illustration. L'explication de ces limites est bien évidente en droit français qu'en droit syrien qui opte toujours pour le renvoi aux règles de droit commun. Cela nous permet de transposer certaines

¹¹⁵⁶ P. Mudet, Le sort de la caution en cas de fusion de la société créancière : un revirement ?, préc ; E. Casimir, Fusion et cautionnement, préc, p. 18.

¹¹⁵⁷ B. Fages, M. Desolneux et J. Mestre, Lamy Droit du contrat, n° 430-63 et s.

¹¹⁵⁸ Cass. com., 28 avr. 1964, Bull. civ. IV, n° 215 ; G. Oiette, Cautionnement, préc, n° 210.

solutions retenues par la jurisprudence et la doctrine française en droit syrien pour combler son vide législatif. Toutefois, soit en droit français ou en droit syrien, l'application à la lettre de ces exceptions n'est pas conforme à la finalité de la règle de la transmission universelle qui a vocation à assurer la transmission de l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée. Il est certain que la qualité spécifique de la personne contractante dans ces contrats doit être prise en compte, mais la bonne exécution du contrat peut être assurée par la personne bénéficiaire de la transmission universelle. En effet, le principe de la transmission universelle peut s'accompagner du maintien de cette qualité et de garantie d'exécution du contrat qui est assurée par la société absorbante lorsqu'elle présente la qualité et les garanties nécessaires. Cela permet d'équilibrer les intérêts du cocontractant et ceux de la personne morale bénéficiaire de la transmission universelle.

383. Conclusion du chapitre I. Il était évident que la société absorbée est la plus affectée par la mise en œuvre de la fusion et que cette opération produit de nombreux effets à son égard. La fusion ne peut pas être définie qu'au regard de ses effets principaux, la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine. Ces effets existent en droit français et syrien. Mais, ils ont particulièrement retenu l'attention du législateur français qui a apporté des règles permettant de concrétiser la fusion en pratique. Dans la même optique, la doctrine et la jurisprudence viennent compléter le rôle du législateur en proposant et énonçant des solutions ayant pour objectif de combler les lacunes législatives. Elles forment un facteur essentiel dans le développement de la vie juridique en matière de fusion. Elles permettent donc d'enrichir l'horizon juridique du législateur quant aux effets de la fusion sur la société absorbée. Ces conséquences n'ont pas eu assez d'importance en droit syrien. Il est rigide quant à la liberté donnée aux sociétés parties de choisir une date d'effet à la fusion. Mais cela n'empêche pas d'envisager des solutions dans l'avenir. Il a été démontré qu'il faut se référer au droit commun pour expliquer la dissolution sans liquidation de l'absorbée, alors que cette conséquence aurait dû être prévue dans le chapitre relatif à la fusion des sociétés commerciales. Il en va de même pour la transmission universelle de patrimoine. Le renvoi au droit commun paraît une nécessité pour justifier la transmission de l'actif et du passif du patrimoine. Cela revient à dire que les contrats conclus *intuitu personae*, le cautionnement et la responsabilité de l'absorbée en matière de pratiques anticoncurrentielles n'ont même été soulignés en droit syrien. Or, le droit français peut être un moyen pour

résoudre ces difficultés qui existent en droit syrien surtout que ce dernier partage le droit français le principe de la transmission universelle de patrimoine. Pour une application souple de ce principe, on estime que la transmission des contrats *intuitu personae* et du cautionnement est compatible avec la finalité de la fusion qui a vocation à assurer la transmission de l'ensemble des droits et obligations de la société absorbée. La transmission universelle emporte en principe le maintien de la qualité de la personne contractante qui a pour fonction de garantir la bonne exécution du contrat. Ces contrats sont en effet transmis sauf démonstration par le cocontractant de la disparition de cette qualité chez la société absorbante. Une telle solution permet d'évoluer la jurisprudence de la Cour de cassation et de combler le vide en droit syrien.

L'effet de la transmission universelle de patrimoine joue également pour la société absorbante. Pour cette dernière, l'effet corrélatif de la fusion entraîne la réception du patrimoine de la société absorbée et l'augmentation de son capital.

CHAPITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION SUR LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE : EFFET PATRIMONIAL DE L'OPÉRATION

384. Une opération de fusion a des conséquences sur les parties en présence ; la société absorbée et la société absorbante. À la suite de la fusion, la société apporteuse perd sa personnalité juridique, alors que son patrimoine ne disparaît pas du fait de la dissolution sans liquidation de celle-ci. Or, ce patrimoine doit être transmis à la société bénéficiaire de l'opération. La société absorbante n'est pas donc à l'abri des impacts de la fusion. En conséquence, la fusion emporte d'importants effets à l'égard de la société absorbante sur deux niveaux ; le premier concernant la réception du patrimoine de la société qui disparaît (**Section I**), alors que le deuxième est relatif à l'augmentation du capital de la société bénéficiaire de la transmission universelle (**Section II**).

Section I. Le patrimoine de la société absorbée est de plein droit dévolu à la société absorbante

385. Le transfert du patrimoine de la société qui disparaît entraîne la réception de ce patrimoine par la société bénéficiaire de l'opération. Cette solution est logique car la réalisation d'une fusion implique l'existence d'au moins deux personnes morales. La personne morale absorbée n'a plus du fait de la fusion d'existence juridique, il faut qu'une autre personne morale soit réceptrice du patrimoine de la première. L'existence d'une personne morale absorbante recevant le patrimoine de l'absorbée trouve son origine dans le droit des successions. Mais cette idée est controversée (§I). L'absorbante reçoit l'intégralité du patrimoine de l'absorbée sans qu'il y ait lieu de modification. Cela revient à dire que l'absorbante se substitue activement et passivement au lieu et place de l'absorbée (§II).

§I. L'incertitude de l'assimilation à la règle de la succession des personnes physiques

386. En droit des successions, le décès d'une personne physique emporte la transmission universelle de son patrimoine car cet événement met fin à sa personnalité. Le *de cujus*¹¹⁵⁹, titulaire du patrimoine d'origine, n'existe plus du fait de la mort ; son patrimoine est dévolu à son ou ses héritiers. En effet, le transfert universel du patrimoine et les effets qui s'y attachent reposent, en droit successoral, sur la règle de continuation de la personne du défunt par l'héritier¹¹⁶⁰. Une partie de la doctrine¹¹⁶¹ est, en conséquence, favorable à l'assimilation de la

¹¹⁵⁹ C'est une expression latine dont la formule entière est « *de cujus successionem agitur* », c'est-à-dire, celui de la succession de qui il s'agit. Cette expression est utilisée de nos jours pour désigner le défunt auteur de la succession. V. S. Guinchard et Th. Debard, *Lexique des termes juridiques*, 22^e éd. Dalloz, 2014, p. 320 ; H. Roland, *Lexique juridique, Expressions latines*, 5^e éd. Litec, 2010, p. 72.

¹¹⁶⁰ Ce principe est très ancien et remonte au droit romain où l'héritier prenait la place de *de cujus* et succédait à l'*universum jus defuncti* : ce qui signifie tout le patrimoine du défunt (Ph. Malaurie, *Les successions et les libéralités*, 5^e éd. Defrénois, 2012, n° 16 et 147, p. 16 et 86). Les rédacteurs du Code civil ont adopté ce principe en présentant, pendant les travaux préparatoires, l'héritier comme l'image ou le représentant du défunt sans en préciser la portée (L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Successions - Libéralités*, tome IV, 2^e vol., 5^e éd. Montchrestien, 1999, n° 1205, p. 464). Pour cette raison, la jurisprudence a précisé la portée de principe en affirmant que le légataire universel ou à titre universel, comme l'héritier lui-même, successeur à titre universel ayant les mêmes droits et sujets aux mêmes charges (arrêt *Toussaint*, Civ, 13 août, 1851 : D. 1851, 1, 281 ; S. 1851, 1, 657).

réception du patrimoine de la société à la règle de la succession des personnes physiques. Pour apprécier la portée de cette question, il faut établir une distinction entre le droit français (A.) et le droit syrien (B.).

A. En droit français : le silence de la loi

387. En matière successorale, l'héritier succède à la personne du défunt dans l'ensemble de son patrimoine, entendu comme un attribut fondamental attaché à la personnalité de celui-ci. Le successeur au patrimoine est réputé continuer la personne du défunt dans ses relations avant l'arrivée de sa mort. Par voie de conséquence, l'héritier recueille l'actif et répond à l'intégralité du passif du *de cuius* même si la valeur d'actif a une valeur inférieure à celle du passif ; on parle ici d'une obligation *ultra vires successionis*. Les biens recueillis sont donc confondus avec les biens personnels de l'héritier : on dit que l'héritier succède à la personne non aux biens du défunt¹¹⁶². Le successeur se substitue de plein droit au défunt dont il acquiert l'intégralité de l'actif et du passif¹¹⁶³.

Est-il possible d'étendre le principe de la continuation de la personne au droit des sociétés ? Plus précisément, lorsqu'une société meurt, à l'instar de personne physique, du fait de la fusion, quel est l'avenir de son patrimoine dès qu'on décide de ne le pas liquider ?

388. De prime abord, il n'y a aucun texte qui envisage cette question. Dans le silence de la loi, une partie de la doctrine estime qu'on peut recourir au principe de la continuation de la personne du défunt. Comme chez la personne physique, la personne morale est dotée de la personnalité juridique et dispose, à ce titre, d'un patrimoine. De ce fait, la personne morale de la société dissoute peut être, à l'instar de la personne physique, continuée par une autre société

¹¹⁶¹ V. M.-L. Coquelet, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, préc, n° 228 et s., p. 134 et s. ; M. Jeantin, La transmission universelle du patrimoine d'une société, préc, p. 287 ; O. Barret, A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, préc, p. 109 ; F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 104 et s. ; H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 531 et s.

¹¹⁶² J. Maury, Successions et libéralités, 8^e éd. LexisNexis, 2012, n° 7, p. 7 et 8. La succession aux biens signifie que l'héritier ne peut s'approprier les biens composant le patrimoine du défunt à moins que ceux-ci aient été liquidés. Le patrimoine est donc confié à un professionnel qui doit désintéresser les créanciers du *de cuius* qui ne se trouvent pas en concurrence avec les créanciers personnels des héritiers. Le transfert ne porte, en effet, que sur un actif net.

¹¹⁶³ J. Aulagnier, L. Aynès, J.-P. Bertrel et B. Plagnet, Lamy Patrimoine 2014, n° 690-10.

qui reçoit l'intégralité de son patrimoine¹¹⁶⁴. En transposant cette règle aux sociétés commerciales, notamment en cas de fusion, on trouve que la société bénéficiaire de la fusion continue fictivement la personne morale de la société dissoute. L'application de la technique successorale aux sociétés commerciales « *n'est pas contraire aux différents objectifs poursuivis par le législateur en 1966 et en 1988 qui a conçu la fusion, la scission et la dissolution des sociétés unipersonnelles comme des opérations intercalaires* »¹¹⁶⁵. Il est évident que la fusion emporte la dissolution sans liquidation et le transfert du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante. En recevant le patrimoine, cette dernière se retrouve dans la même situation juridique que l'absorbée et constitue un ayant cause universel à l'image de l'héritier en droit des successions¹¹⁶⁶. « *De même les héritiers du défunt, continueurs de la personne du défunt, reçoivent l'intégralité de son patrimoine, la société bénéficiaire de la fusion (...) reçoit l'intégralité du patrimoine de la personne de la société dissoute, sans qu'il y ait lieu d'accomplir un règlement préalable du passif* »¹¹⁶⁷. La disparition de la société absorbée, du fait de la fusion, n'est pas donc fondamentalement différente du processus envisagé à la mort d'une personne physique¹¹⁶⁸.

389. Ainsi, aux termes des articles L. 236-14 et L. 236-3-I du Code de commerce, la société absorbante est débitrice des créanciers de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard, et reçoit l'universalité de son patrimoine dans l'état où il se trouve au jour à la date de réalisation définitive de la fusion. Il en ressort que, à l'exemple de la personne physique¹¹⁶⁹, la société absorbante est considérée donc comme ayant cause à titre universel de la société absorbée¹¹⁷⁰ et vient activement et passivement eu lieu et place de la société absorbée¹¹⁷¹. C'est donc, comme le souligne Mme Coquelet, bien considérer « *la société absorbante est plus qu'un simple successeur aux biens, qui serait substitué objectivement à la tête du patrimoine transmis. Elle est au contraire le*

¹¹⁶⁴ A. Albortchire, Le sort des contrats dans les opérations de fusion et de scission de sociétés commerciales, préc, n° 130, p. 83.

¹¹⁶⁵ M.-L. Coquelet, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, préc, n° 246, p. 145.

¹¹⁶⁶ M. Jeantin, La transmission universelle du patrimoine d'une société, préc ; O. Barret, A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, préc.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

¹¹⁶⁸ G.-J. Martin, La notion de fusion, préc, n° 20, p. 281 et s.

¹¹⁶⁹ « L'ayant cause universel, héritier ou légataire, recueille l'intégralité du patrimoine de son auteur, actif et passif. Par la fusion du patrimoine de ce dernier avec le sien propre, il acquiert de plein droit et sans formalités préalables les biens, droits, actions et dettes du défunt. L'héritier se substitue activement et passivement, ou continue la personne de son auteur » : M. Terrier, rapp. sur l'arrêt n° 567 de la Cass. Ass. plén. 9 mai 2008, n° 06-85751.

¹¹⁷⁰ Cass. com., 13 févr. 1963, préc ; Cass. com., 18 fév. 2004, n° 02-11453, Bull. 2004, IV, n° 39 ; Cass. com., 21 oct. 2008, préc.

¹¹⁷¹ Cass. com., 30 mars 1993, préc.

successeur à la personne de la société appelée à disparaître »¹¹⁷². Les partisans de cette thèse reprennent la formule imagée, « *la société absorbante succède à la société absorbée comme l'héritier succède au défunt* »¹¹⁷³. Elle se subsiste, comme l'héritier au droit successoral¹¹⁷⁴, à l'absorbée dans toutes ses relations contractuelles. On peut en conclure que la disparition de la société dissoute est assimilée à la mort de la personne physique. Le droit des sociétés a donc emprunté au droit de succession¹¹⁷⁵.

390. Toutefois, cette idée est critiquable : l'assimilation n'est pas parfaitement correcte. Le mécanisme n'est pas le même dans les deux cas. Premièrement, la cause de la disparition de la personne juridique est différente. Pour la personne physique, c'est la mort qui est à l'origine de la transmission universelle du patrimoine. En revanche, pour la personne morale, la transmission universelle provient, en matière de fusion, de l'absorption d'une société par une autre ou de la fusion de deux ou plusieurs sociétés pour en former une seule. D'une manière plus précise, en droit des successions, la transmission universelle trouve sa cause dans le décès du *de cuius*, alors qu'en droit des sociétés, la transmission universelle a sa cause dans le traité de fusion. C'est la rencontre de la volonté des parties à l'acte qui met fin à l'existence de la personne morale absorbée, ce qui n'est pas le cas pour la personne physique. Donc, contrairement aux personnes physiques, « *les sociétés sont largement maîtresses de leur propre disparition* »¹¹⁷⁶. Ensuite, en droit successoral, le patrimoine du défunt est partagé entre les héritiers désignés par la loi et le conjoint. Ce patrimoine ne fait pas, en droit des sociétés, l'objet d'une répartition entre les associés de la société absorbée : il est transmis, du fait de la fusion, à la société absorbante en tant qu'ayant cause universel. Ceux-ci reçoivent en échange de leurs droits sociaux qu'ils détenaient dans la première des titres de la seconde.

En conclusion, pour concilier le rapprochement entre la disparition de la société à la mort de la personne physique, l'analogie s'arrête à la transmission, dans les deux cas, à titre universel du patrimoine. La transmission universelle résulte du décès du *de cuius* aussi de

¹¹⁷² M.-L. Coquelet, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, préc, n° 246, p. 145.

¹¹⁷³ Y. Guyon, Droit des affaires, préc, n° 635, p. 689 ; voir également L. Amiel-Cosme, Dissolution, préc, n° 180.

¹¹⁷⁴ « la personnalité de l'héritier se substitue à celle du défunt dans tous les rapports juridiques, dont ce dernier était titulaire, que les deux sont censés ne faire qu'un » : J. Flour et H. Souleau, Droit civil, Les successions, 3^e éd. A. Colin, 1991, n° 165.

¹¹⁷⁵ M. Jeantin, La transmission universelle du patrimoine d'une société, préc, p. 287 ; M. Terrier, rapp. sur l'arrêt n° 567 de la Cass. Ass. plén. 9 mai 2008, préc, n° 2.2.4. En revanche, cette analogie a été critiquée par certains auteurs (F. Waremberg-Auque, La succession aux biens des personnes morales de droit privé », th., Lille, 1977, n° 229, p. 270 ; R. Routier, Les fusions des sociétés commerciales, prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, préc.).

¹¹⁷⁶ Y. Guyon, Les sociétés (aménagements statutaires et conventions entre associés, LGDJ, 5^e éd. 2002, p. 131, cité par V. Allegaert, Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux, PUAM, 2005, n° 27, p. 49.

l'absorption de la société par le procédé de la fusion.

En parallèle, en droit syrien, l'assimilation de la transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés à la règle de la succession des personnes physiques résulte, d'après la doctrine, de l'application d'un principe général énoncé par le législateur.

B. En droit syrien : la prééminence du texte

390. En droit syrien, la transmission universelle de patrimoine de la société absorbée à la société absorbante trouve son fondement dans l'article 222 du Code des sociétés. En application de dispositions de cet article, la société absorbante reçoit, en sa qualité d'ayant cause à titre universel, l'universalité du patrimoine de la société absorbée. La doctrine estime que cette idée est empruntée du droit de succession¹¹⁷⁷. Dans la succession des personnes physiques, l'ayant cause universel a vocation à recueillir l'ensemble des éléments actif et passif composant le patrimoine du défunt¹¹⁷⁸. Le décès d'une personne physique titulaire d'un patrimoine entraîne la dévolution de son patrimoine à ses héritiers¹¹⁷⁹. L'héritier continue la personne du défunt auteur de la succession dans l'ensemble de son patrimoine. En conséquence, l'ayant cause universel n'est pas le successeur aux biens de son auteur, mais le successeur à sa personne. S'il est le successeur à ses biens, il ne sera tenu des dettes de la succession qu'à concurrence de ce qu'il recueille¹¹⁸⁰. L'héritier succède donc au défunt dans l'intégralité de son patrimoine actif et passif¹¹⁸¹. « *Comme il recueille l'actif et répond du passif du défunt, la société absorbante est réceptrice des droits de la société absorbée et est tenue des obligations de celle-ci* »¹¹⁸². La doctrine s'appuie alors sur les règles applicables aux personnes physiques en droit des successions pour justifier la transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés. En conséquence, elle est en général favorable pour l'idée que la société absorbante est, comme l'héritier, ayant cause à titre universel de la société absorbée.

¹¹⁷⁷ A. Mehrez, La fusion des sociétés de point de vue juridique, préc, n° 135, p. 236.

¹¹⁷⁸ A. Alsanhoury, Le traité de droit civil, 3^e éd., Alhalabi, volume 7, tome 1, Liban, 2000, p. 563.

¹¹⁷⁹ Art. 860-2, C. civ.

¹¹⁸⁰ Appelé obligation *intra vires* ; I. Najjar, A. Z. Badaoui et Y. Chellalah, Nouveau dictionnaire juridique, Librairie du Liban, 2006, p. 362.

¹¹⁸¹ H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 531

¹¹⁸² F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 104.

391. De son côté, le législateur n'a pas réfuté son attachement à cette idée. Il est, contrairement au législateur français, favorable pour l'extension du principe de la continuation de la personne du défunt à la personne morale dissoute lors d'une fusion. Au regard de l'article 222 du Code des sociétés, la société absorbante est considérée comme ayant cause à titre universel de la société absorbée¹¹⁸³. Or, la personne morale de la société dissoute peut être, à l'image de la personne physique, continuée par une autre société qui recueille l'universalité de son patrimoine. En recueillant son patrimoine, la société absorbante continue la personne morale de la société absorbée et la dissolution sans liquidation de la société absorbée est assimilée à la mort de la personne physique en droit des successions. Cette solution est regrettable car elle ne prend pas en compte la spécificité de la personne morale. Outre les raisons précédemment envisagées, et outre la transmission universelle des droits et obligations, le fait que les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante et reçoivent des parts ou des actions de celle-ci atteste l'existence d'un régime spécifique de l'opération de fusion. L'absorbante décide de reprendre l'intégralité du patrimoine de l'absorbée en toute connaissance de cause.

§II. Une substitution à titre universel

392. Comme on l'a souligné, la réalisation définitive de la fusion implique la transmission de plein droit et à titre universel du patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante. L'ensemble des éléments de l'actif et du passif de la société absorbée sont transférés automatiquement à la société absorbante. Cette dernière recueille, en principe, le patrimoine transmis sans qu'il y ait lieu de modification. Elle substitue à l'absorbée dans l'ensemble de ses biens, droits et obligations¹¹⁸⁴. Cette conséquence existe en droit français au même titre que le droit syrien. L'article L. 236-3-1 du Code de commerce français énonce le principe de la réception du patrimoine de la société absorbée reçu par la société absorbante. En vertu de cet article, le patrimoine de la société absorbée est transmis à la société bénéficiaire dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Ce principe a été confirmé par la jurisprudence en jugeant que « la société absorbante vient

¹¹⁸³ Cette conséquence est également confirmée par l'article 11, c, de l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007 relatif à la réévaluation des actifs des sociétés.

¹¹⁸⁴ F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 104.

activement et passivement au lieu et place de la société absorbée »¹¹⁸⁵. La société absorbante se substitue donc à la société absorbée dans tous les biens, droits et obligations de celle-ci. Le principe apporté par l'article L. 236-3-1 du Code de commerce français n'a pas d'équivalent en droit syrien. C'est toujours l'article 222 du Code des sociétés qui gouverne les conséquences de la fusion sur la société absorbante. Par le jeu de cet article, la société absorbante bénéficie des droits de la société absorbée et s'engage des obligations de celle-ci. En l'absence de la jurisprudence sur cette question, la Cour de cassation jordanienne a confirmé cette solution. Elle a jugé que « tous les droits et obligations de la société absorbée sont transmis, du fait de la fusion, à la société absorbante en tant qu'ayant cause universel. La société absorbante se substitue activement et passivement au lieu et place de la société absorbée au regard de l'article 238 du Code des sociétés »¹¹⁸⁶. L'article 238 du Code des sociétés jordanien est quasiment identique à l'article 222 du Code des sociétés syrien.

393. Par voie de conséquence, la société absorbante succède à la société absorbée dans toutes ses relations juridiques. Elle recueille, d'une part, sauf exception¹¹⁸⁷, tous les contrats conclus par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci¹¹⁸⁸. Mais, la question se pose de savoir si cette réception d'actif comprend-t-elle le cautionnement s'il a été effectué au profit de la société bénéficiaire de l'opération de fusion. La situation est plus facile que celle concernant le cautionnement effectué au profit de la société absorbée. La réponse à cette question paraît n'est pas compliquée car la société absorbante bénéficiaire du cautionnement ne disparaît pas lors de la fusion, et le bénéfice du cautionnement reste maintenu. Dans ce cas, la solution apparaît logique car la personne morale du bénéficiaire du cautionnement n'est pas affectée par l'opération de fusion¹¹⁸⁹. Le cautionnement est souscrit avec la même personne morale bénéficiaire et survit donc à la fusion¹¹⁹⁰. La Cour de cassation, en adoptant cette solution, a censuré la décision des juges du

¹¹⁸⁵ Cass. com., 19 avr. 1972, préc ; Cass. civ., 25 avr. 1974, préc ; Cass. civ., 11 mai 1977, préc ; Cass. com., 1^{er} juin 1993, préc ; Cass. 2^e civ., 12 juill. 2001, préc.

¹¹⁸⁶ Cass. com., n° 246/2004, 28 juin 2004 ; voir aussi, Cass. com., n° 2445/2001, 28 oct. 2001, cité par F. Basbous, Les effets de la fusion des sociétés anonymes publiques, préc, p. 107.

¹¹⁸⁷ C'est par exemple le cas des contrats conclus intuitu personae et les contrats administratifs.

¹¹⁸⁸ En ce sens, la Cour de cassation égyptienne a jugé que l'absorption d'une société en nom collectif par une société anonyme entraîne la disparition de la société absorbée et la transmission de ses droits et obligations à la société absorbante qui lui succède en tant qu'ayant cause universel et peut, en conséquence, se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci (Cass. com., n° 213, 10 mars 1955, rev. Les avocats, juill. 1956, p. 677).

¹¹⁸⁹ Lamylène, La restructuration est faite au profit de la société bénéficiaire du cautionnement - Maintien du contrat du cautionnement, *Lamy Dr. du Contrat*, n° 430-59.

¹¹⁹⁰ Lamylène, Maintien du cautionnement en cas de modification du statut juridique du créancier, *RLDA* 2001, n° 43.

fond, qui avait libéré les cautions de leurs obligations pour les dettes nées postérieurement à l'opération de restructuration, en énonçant que « les cautions s'étaient engagées envers la même personne morale bénéficiaire »¹¹⁹¹ de l'opération et maintiennent donc leurs engagements. Cela revient à dire que le cautionnement subsiste même pour les dettes nées postérieurement à la fusion¹¹⁹². En conséquence, il n'y a pas de raison de faire disparaître la caution tant que la personnalité morale de la société bénéficiaire ne change pas. Dans ce sens, la Cour de cassation a précisé que le contrat du cautionnement survit à la fusion puisque celle-ci n'a aucune influence sur la personne morale de la société absorbante ; elle consiste en une augmentation de capital de cette dernière par l'effet de la transmission du patrimoine de la société absorbée¹¹⁹³. Pourquoi ne pas adopter cette solution en droit syrien, alors que le principe est uniforme : la transmission universelle de patrimoine. Une évolution de notre droit doit faire appel au législateur, la jurisprudence et à la doctrine. D'autre part, la société absorbante supporte le passif dévolu parce que la transmission porte sur l'universalité de patrimoine. La jurisprudence a précisé que la société absorbante ne saurait se décharger du passif en même temps qu'elle recueille l'actif de la société absorbée¹¹⁹⁴. Or, la société absorbante réceptrice reprend à son compte, comme s'ils étaient les siens, le passif et les obligations de celle-ci¹¹⁹⁵. Comme le précise un auteur, « *recueillir le patrimoine d'une société qui entre dans une autre par fusion, c'est assumer le tout pour la société absorbante, le visible autant que l'insoupçonné dans le passif et l'actif* »¹¹⁹⁶. En sa qualité d'ayant cause à titre universel, la société absorbante est donc tenue d'assumer le passif corrélatif à l'actif reçu.

¹¹⁹¹ Cass. com., 27 oct. 1980, n° 79-10004, Bull. civ. IV, no 346, Rev. sociétés 1982, p. 81, note J. H.

¹¹⁹² D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, 9^e éd. 2012, Lextenso, n° 210.

¹¹⁹³ Cass. com., 25 oct. 1983, préc., Rev. sociétés 1984, p. 279, obs. P. Mabilat ; v. aussi J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc., n° 789.

¹¹⁹⁴ Cass. civ., 28 janv. 1946, préc. Il faut néanmoins souligner que, sur ce point, le droit égyptien a l'intention de restreindre les conséquences de la fusion sur la société absorbante. Au contraire du droit français et du droit syrien, la société absorbante, en droit égyptien, n'est responsable des obligations et dettes de l'absorbée qu'à concurrence des biens lui étant apportés (art. 131 du Code des sociétés égyptien n° 159 du 1981. Cette solution est également affirmée par la jurisprudence. Sur ce point, v. Cass. com., n° 626, 29 mars 1982 ; Cass. com., n° 293, 12 déc. 1983 ; Cass. com., n° 972, 14 mai 1984, cité par S. Alkalyoubi, Les sociétés commerciales, préc., n° 88, p. 203). Cela signifie que l'absorbante n'est pas responsable au-delà de l'actif lui étant transmis si le passif de l'absorbée a une valeur supérieure à celle de l'actif.

¹¹⁹⁵ Cependant, la société absorbante n'assume pas la responsabilité pénale de la société absorbée car le principe de la personnalité des peines fait obstacle à la transmission universelle.

¹¹⁹⁶ J. Guyéon, note sous CA Riom, 5 mai 1980, Rev. sociétés 1981, n° 596, p. 606.

394. Conclusion de la section I. Il est vrai que la société absorbée est la plus affectée par la fusion, mais la société absorbante est également touchée par cette opération. Celle-ci reçoit le patrimoine transmis par la société absorbée. Cette réception du patrimoine est la conséquence logique de la disparition de la société absorbée. En sa qualité d'ayant cause à titre universel, la société absorbante succède à la société absorbée dans tous ses droits et obligations. Cette résulte des articles L. 236-3 du Code de commerce français et 222 du Code des sociétés syrien. Toutefois, Cela ne nous permet pas d'assimiler purement et simplement la disparition de la société absorbée et la mort de la personne physique, et ensuite l'absorbante et l'héritier, en droit des successions. Une telle assimilation est incompatible avec la nature spécifique de la fusion et des personnes morales parties à l'opération. Au contraire de la mort chez la personne physique, celles-ci décident de leur propre volonté de mettre fin à leur existence juridique. Le débat sur cette idée en droit français est intéressant pour le droit syrien dans la mesure où elle invite la doctrine à prendre l'initiative de proposer des solutions en la matière.

Par l'effet de la réception de l'universalité du patrimoine de la société absorbée par la société absorbante, cette dernière procède à l'augmentation de son capital.

Section II. L'augmentation corrélative du capital de la société absorbante

395. Traditionnellement, le capital social est considéré comme « le gage des créanciers »¹¹⁹⁷. Le capital est fixé dans les statuts de la société, il doit donc être intangible. Cependant, en pratique, les modifications du capital sont fréquentes notamment les opérations concernant l'augmentation du capital¹¹⁹⁸. La société peut, d'un côté, souhaiter se procurer de l'argent en ayant recours à une opération d'augmentation de capital qui se réalise par apports en numéraire, par apports en nature ou bien par incorporation des réserves dans le capital. D'autre côté, l'augmentation du capital peut également résulter des opérations de fusion entre deux ou plusieurs sociétés¹¹⁹⁹. Comme elle emporte la disparition de la société absorbée, la fusion entraîne, pour la société absorbante, l'augmentation de son capital. Puisque l'opération entraîne la disparition d'une ou plusieurs sociétés en cause et la survie de la société bénéficiaire de l'opération, il est donc logique que celle-ci recueille le patrimoine de la ou des sociétés appelées à disparaître, ce qui conduit naturellement à l'augmentation de son capital. Cette augmentation du capital issue de la fusion doit avoir, dans un premier temps, chez la société absorbante, un caractère réel (§I). Ensuite, dans un second lieu, elle peut aussi donner lieu à une prime de fusion (§II.).

§I. Une contrepartie ayant un caractère réel

396. En matière de fusion, l'opération de fusion vaut, pour la société bénéficiaire des apports, une augmentation de son capital à la suite de la réception du patrimoine de la société apporteuse. En réalisant définitivement la fusion, la société absorbante augmente son capital du montant de l'apport de la société absorbée. De fait, la fusion a pour conséquence de faire apparaître la nécessité d'une augmentation de capital de la société absorbante, et donc de l'apport d'un actif net. Bien que cette conséquence existe en droit français (A.) au même titre que le droit syrien (B.), il y a pourtant la place pour établir une distinction.

¹¹⁹⁷ P. Didier, Le capital social et la protection des créanciers sociaux, Dalloz 2007, p. 199 ; S. Alkalyoubi, Les sociétés commerciales, préc, n° 531, p. 975.

¹¹⁹⁸ Sur cette question, v. notamment R. Mortier, Opérations sur capital social, LexisNexis, 2010, n° 82, p. 51 ; B. Lebars, Règles communes aux augmentations de capital, Pet. aff. 2005, n° 189, p. 8 ; A. Couret et J.-L. Medus, Les augmentations de capital, Economica, 1994, p. 5 ; J. Meknas, Les sociétés commerciales, préc, p. 266.

¹¹⁹⁹ Art. L. 225-128, al. 2, C. com.

A. En droit français

397. Quand elle recueille le patrimoine de la société absorbée, la société absorbante augmente son capital du montant de l'apport reçu. La société absorbée doit présenter un actif net positif dont l'information est donnée par le commissaire à la fusion dans son rapport portant sur la parité d'échange et l'évaluation des apports en nature¹²⁰⁰. Il en résulte que la société réceptrice doit modifier ses statuts par décision des actionnaires en assemblée générale extraordinaire. Cette décision est prise en fonction du rapport de parité d'échange présentant l'évaluation des apports de la société absorbée. La société absorbante doit constater que l'augmentation du capital correspond au montant net des apports transmis. Elle doit, à cette occasion, émettre des titres pour rémunérer les associés ou actionnaires de l'absorbée en échange des droits qu'ils détenaient dans le capital de celle-ci¹²⁰¹. Les apports transmis doivent être enregistrés dans la comptabilité de la société absorbante en tenant compte de leurs valeurs réelles. En effet, il faut vérifier que l'actif net transmis se caractérise par une contrepartie réelle dans les actifs de la société absorbante et ne présente pas un caractère fictif¹²⁰². Autrement dit, l'apport dévolu à la société absorbante doit présenter un actif net positif¹²⁰³. Cette procédure est nécessaire pour protéger non seulement les intérêts des associés ou actionnaires, mais aussi les créanciers des sociétés en cause¹²⁰⁴, puisque le patrimoine de la société absorbante est réputé être le gage de ceux-ci après la réalisation définitive de la fusion.

398. Par voie de conséquence, est-il interdit d'absorber une société ayant un actif net négatif ? Autrement dit, la fusion concerne-t-elle seulement les sociétés ayant un actif net positif ? La société appelée à disparaître ne peut-elle pas participer à l'opération de fusion si elle un actif net négatif ? De prime abord, au regard du principe de réalité du capital et des apports, la société absorbée doit avoir un actif net positif qui représente une contrepartie réelle

¹²⁰⁰ Y. Guyon, *Droit des affaires*, préc., n° 632, p. 686.

¹²⁰¹ M.-L. Coquelet, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, préc., n° 255, p. 152.

¹²⁰² J.-J. Daigre, *Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?*, JCP E, 1992, I, 165, n°1 ; T. Massart, *Panorama de l'environnement juridique de la restructuration*, RLDA 2010, n° 54.

¹²⁰³ L'actif net est obtenu en soustrayant de l'ensemble des actifs de l'entreprise l'ensemble de ses dettes actuelles ou potentielles (Lexique de finance Vernimmen, 2013 ; B. Colasse, *Introduction à la Comptabilité*, 11^e éd., Economica, 2010, p. 119).

¹²⁰⁴ M.-L. Coquelet, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, préc., n° 255, p. 152.

correspondant à l'augmentation du capital¹²⁰⁵. La loi sur les sociétés commerciales vient affirmer cette idée en disposant que « les commissaires aux apports vérifient notamment que le montant de l'actif net apporté par les sociétés absorbées est au moins égal au montant de l'augmentation de capital de la société absorbante ou au moment du capital de la société nouvelle issue de la fusion »¹²⁰⁶. Le législateur français exige donc que l'apport transmis ait une valeur positive étant au moins égale à l'augmentation du capital de la société absorbante. De même, l'augmentation du capital suppose corrélativement l'émission de droits sociaux nouveaux destinés à assurer une contrepartie réelle¹²⁰⁷. Dans ces conditions, l'augmentation du capital est appréciée en fonction de la pertinence et de l'équité de la parité d'échange retenue par le commissaire à la fusion. Ce dernier vérifie que la parité retenue est au moins égale à l'augmentation du capital de la société absorbante¹²⁰⁸.

Il en ressort que l'absorption d'un actif net négatif n'est pas envisageable en droit des fusions. Comme l'explique un auteur, « *il n'y a pas de fusion au sens de la loi lorsqu'une société sans actif net est absorbée par une autre société, car les actionnaires ou associés de la société absorbée ne deviennent pas actionnaires ou associés de la société absorbante, puisqu'il n'y a pas en ce cas, d'augmentation du capital de la société absorbante* »¹²⁰⁹.

399. Cependant, rien n'interdit, dans cette hypothèse, d'inverser le sens de la fusion : la société absorbée joue le rôle de l'absorbante¹²¹⁰. Aucun texte ne paraît interdire qu'une société ayant un actif net négatif absorbe une autre société dont la situation nette excède son capital¹²¹¹. Mais, la société absorbée doit contribuer aux pertes de la société absorbante dans la mesure où cette dernière ne pourrait pas émettre de titres nouveaux au dessous de leur valeur nominale¹²¹². Les actions remises aux actionnaires de la société absorbée auront, en effet, une valeur réelle inférieure à leur valeur nominale¹²¹³. Ceux-ci reçoivent une valeur inférieure à la valeur qu'ils apportent ; la valeur des actions reçues peut être nulle voire

¹²⁰⁵ J.-J. Daigre, Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?, préc, n° 1.

¹²⁰⁶ Art. R. 236-7, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁰⁷ J. Koch, La fusion des sociétés en difficulté, préc, p. 19.

¹²⁰⁸ E. Buttet, Fusion de deux sociétés anonymes par absorption de l'une par l'autre. Aperçu des opérations et calendrier, Bull. Joly Sociétés 1988, n° 10, p. 731 ; B. Solle, Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire : Histoire d'un malentendu, préc, p. 334 ; CNCC, Avis technique sur la mission de commissariat aux apports, 20 janv. 2011, § 2.4.

¹²⁰⁹ Th. Tilquin, Traité des fusions et scissions, préc, n° 64, p. 54.

¹²¹⁰ A. Couret, La fusion à l'envers à l'épreuve d'un attendu de trop, Bull. Joly, 2007, p. 1329.

¹²¹¹ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés Commerciales, préc, n° 1924.

¹²¹² J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés Commerciales, préc, n° 1924 ; D. Poracchia, La fusion rapide dans les LBO, Dr. et Patr. 2006, n° 152.

¹²¹³ S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, Bull. Joly Sociétés 2002, n° 10, p. 1003, § 1.

négative¹²¹⁴. Toutefois, puisqu'elle n'est pas interdite, cette opération est envisageable dès lors que actionnaires de l'absorbante vote l'opération à la majorité requise. Si le commissaire à la fusion mentionne dans son rapport que la parité d'échange n'est pas équitable, il est possible de ne le pas suivre parce que son rapport n'est qu'informatif pour les actionnaires qui peuvent en se passer en le décidant à l'unanimité¹²¹⁵. Or, l'absorption d'une société prospère par une société ayant un actif net négatif n'est pas interdite à condition qu'elle ne soit pas constitutive d'un abus de majorité ou abus de pouvoir et qu'elle soit motivée par de solides raisons économiques¹²¹⁶. En d'autres termes, une telle opération est susceptible d'être annulée si la décision de l'assemblée générale a été prise contrairement à l'intérêt général de la société et dans l'unique dessein de favoriser les membres de la majorité au détriment des membres de la minorité¹²¹⁷. D'une autre manière, lorsque la décision de la fusion-absorption est contraire à l'intérêt social et elle entraîne une rupture d'égalité entre les actionnaires minoritaires et les actionnaires majoritaires¹²¹⁸. Ceux-ci de la société absorbée vont recevoir des titres d'une valeur inférieure à la leur valeur nominale, alors que l'actionnaire majoritaire va recevoir le patrimoine de celle-ci au détriment des minoritaires recevant des titres dévalorisés¹²¹⁹. Il en est de même lorsque le dirigeant de la société absorbante fait un usage qu'il sait contraire aux intérêts de la société à des fins personnelles ou pour favoriser la fusion de la société absorbée dans laquelle il est actionnaire majoritaire¹²²⁰. Cela signifie que lorsque l'opération de fusion a été motivée par le seul intérêt du dirigeant actionnaire principal, elle susceptible de faire l'objet d'un abus de pouvoir¹²²¹.

¹²¹⁴ En application de l'article L. 225-128 du Code de commerce « Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission » ; voir également S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, préc, n° 3.

¹²¹⁵ La décision de ne pas faire désigner un commissaire à la fusion est prise, à l'unanimité, par les actionnaires de toutes les sociétés participant à l'opération (art. L. 236-10-II, C. com.).

¹²¹⁶ Bull. CNCC 1991, n° 81, p. 145. V. également A. Bonnasse, Fusions-scissions.-Réalizations des fusions et scissions, préc, n° 7.

¹²¹⁷ Cass. com., 18 avr. 1961, préc ; Cass. com., 30 mai 1980, préc ; Cass. com., 6 juin, 1990, préc.

¹²¹⁸ Il faut admettre qu'il est difficile d'apprécier l'intérêt social de la société absorbée dans la mesure où la fusion entraîne sa disparition. Une telle disparition est un effet n'est pas illégal du fait qu'elle se produit de la fusion. Pour cela, comme l'a montré Dominique Schmidt « il suffirait, pour caractériser l'abus, de retenir que la majorité a décidé dans l'unique dessein de favoriser ses membres au détriment de la minorité. Ajouter l'atteinte à l'intérêt social apparaît inopportun, inutile et parfois imparticable » : D. Schmidt, « Les conflits d'intérêts dans la société anonyme », Joly éd., 2005, § 324.

¹²¹⁹ Sur le fondement d'abus de majorité, la Cour de cassation a annulé la décision de la fusion au motif que l'absorbée a un actif largement supérieur (80 fois) à celui de l'absorbante. Cette décision a été prise dans le but de faire échec aux droits de rachat des titres d'un minoritaire (Cass. com., 11 oct. 1967, n° 65-13852 ; RTD com. 1968, p. 94, note R. Houin) ; v. J. Devèze, A. Couret, I. Parachkévova et T. Poulain-Rehm, Lamy droit du financement, 2014, n° 1597.

¹²²⁰ Art. L. 242-6, 4°, C. com.

¹²²¹ Pour illustration, v. Cass. crim., 10 juill. 1995, n° 94-82665, Bull. crim. 1995, n° 253, p. 703 ; Rev. Soc. 1996,

400. Si le changement du sens de la fusion devient impossible, on peut procéder à l'émission des actions de préférence¹²²² ou au coup d'accordéon qui permettent de compenser le préjudice subi par les actionnaires de l'absorbée¹²²³. L'attribution aux actionnaires de celle-ci d'actions de préférence jouissant d'avantages particuliers, tel que l'octroi de dividende prioritaire égal à celui qu'ils touchaient dans leur société, pourrait être un moyen de réaliser cette opération¹²²⁴. Mais, le calcul du montant du dividende prioritaire devant être attribué aux actionnaires pour compenser leur perte occasionnée par la fusion pourrait être difficile à mettre en œuvre. C'est pourquoi la doctrine a préconisé la réduction du capital de l'absorbante permettant d'assainir sa situation¹²²⁵. Cette opération consiste, dans un premier temps, à imputer les pertes sur le capital et à le réduire à zéro, ce qui conduit à annuler les actions existantes. Dans un second temps, l'absorbante augmente son capital par l'émission des actions nouvelles. A l'issue de cette opération, les pertes comptables disparaissent du bilan et la valeur vénale des titres de l'absorbante rejoint leur valeur nominale. L'actif net de la société ne devient pas en effet négatif¹²²⁶.

401. En revanche, la règle de l'interdiction d'absorber un actif net négatif n'est pas absolue : cette interdiction ne vise pas l'absorption d'une filiale détenue à 100 % par l'absorbante. Dans cette hypothèse, il n'y a pas lieu à une augmentation du capital ni à un échange de droits sociaux. Dans ces conditions, il n'est pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société absorbante contre des parts ou actions de la société absorbée lorsque ces parts ou actions sont détenues par celle-ci¹²²⁷. De la même façon, il n'y a pas lieu ni à l'établissement du rapport du commissaire à la fusion ni à l'approbation de l'opération par l'assemblée des actionnaires de l'absorbée¹²²⁸. En conséquence, rien ne s'oppose à l'absorption d'une filiale à un actif net négatif. La société mère peut donc absorber sa filiale

p. 316, note B. Bouloc ; Bull. Joly 1995, p. 1051, note A. Couret et P. Le Cannu. Cependant, cela ne fait pas de la décision de la Cour suprême un principe pour condamner tout ce genre de fusion sur le fondement de l'abus de pouvoir. Tout dépendra des circonstances particulières qui entourent chaque affaire.

¹²²² M.-L. Coquelet, Fusion, scission, apport partiel d'actif, préc, n° 32 ; M. Jeantin, Traité, fasc. 164 B, « Fusions-scissions. Conditions de réalisation. Phase préparatoire », 1988, n° 32.

¹²²³ S. Sylvestre-Touvin, Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, thèse Paris I, 2002, n° 22 ; J.-P. Chazal et Y. Reinhard, Coup d'accordéon ou coup de force ?, RTD Com. 2000, p. 962.

¹²²⁴ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento sociétés commerciales, préc, n° 82946.

¹²²⁵ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés Commerciales, préc, n° 1946 ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc, n° 861, p. 369.

¹²²⁶ J. Koch, La fusion des sociétés en difficulté, préc, p. 21 ; S. Sylvestre, Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ?, préc.

¹²²⁷ Art. L. 236-3, II, C. com.

¹²²⁸ J.-J. Daigre, Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?, préc, n° 4.

même si son passif dépasse son actif¹²²⁹. Pour le faire, elle renonce à recevoir et à émettre les titres qui devaient lui revenir en contrepartie de sa participation dans la filiale absorbée¹²³⁰. L'étude de cette question est moins présente en droit syrien.

B. En droit syrien

402. Selon l'article 220 du Code des sociétés, la société absorbante doit augmenter son capital du montant au moins égal au montant de l'apport transmis¹²³¹. Par le jeu de cet article, la fusion a pour conséquence l'augmentation du capital de l'absorbante : une augmentation devant correspondre au montant net des apports transmis¹²³². Or, la société absorbante doit modifier ses statuts par accord unanime des associés ou par décision en assemblée générale extraordinaire. Elle doit constater, à cet effet, que l'augmentation de son capital est équivalente à l'apport d'actif net reçu. A cette occasion, la société absorbante émettra des droits sociaux en contrepartie des titres que les associés avaient dans le capital de l'absorbée. Dès l'inscription des apports dans les comptes de la société absorbante, celle-ci doit vérifier que l'apport reçu ne présente pas un caractère fictif. Autrement formulé, il faut vérifier que l'apport transmis à l'absorbante présente une contrepartie réelle dans les actifs de celle-ci¹²³³. L'apport transféré à l'absorbante doit donc présenter un actif net positif.

403. Il est acquis que l'augmentation du capital de l'absorbante a pour objectif de protéger les droits des créanciers au même titre que les associés des sociétés en cause dans la mesure où ceux-ci ont un droit de gage sur le patrimoine de celle-ci après la réalisation

¹²²⁹ J.-P. Winandy, Manuel de droit des sociétés, Legitech, Luxembourg, 2011, p. 811 et s. ; B. Caillaud et A. Bonnasse, Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes, Bull. Joly 1994, n° 204, p. 733. De son côté, la Commission juridique de la CNCC a confirmée la possibilité pour une société mère d'avoir absorbé sa filiale détenue à 100 % même si les dettes de cette dernière excède son actif (Bull. CNCC, 2000, p. 99 ; Bull. CNCC, 1994, p. 596) : voir D. Poracchia, G. Alson et A. Theimer, La dissolution d'une filiale à 100 %, préc, p. 62 et s.

¹²³⁰ Cette solution consiste pour la société mère absorbante à recourir à la méthode fusion-renonciation étant réellement utilisée en pratique.

¹²³¹ Art. 220-3, C. soc. Cette augmentation du capital a, d'ailleurs, été énoncée par l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007 (art. 10-3).

¹²³² A. Radwan, Les sociétés commerciales en droit koweïtien comparé, La maison de la pensée arabe, Egypte, 1978, p. 142 ; M. Taha, Le précis en droit commercial, éd. L'établissement des savoirs, Egypte, 1974, p. 351.

¹²³³ H. Almasri, La fusion et la scission des sociétés, préc, n° 121, p. 199.

définitive de la fusion¹²³⁴. Or, la question de l'absorption d'une société ayant un actif net négatif n'a jamais été évoquée en droit syrien¹²³⁵. Pour cela, on se demande si est-il possible d'adopter les solutions retenues en droit français ? Est-ce qu'il y a des difficultés ayant pour conséquence de faire obstacle à l'adoption des solutions en droit français ? On peut estimer que rien n'empêche de reprendre les solutions adoptées en droit français pour plusieurs raisons. D'un côté, les conséquences de la fusion, en droit syrien, sur les sociétés parties à l'opération sont, en général, assimilées à celles en droit français. La fusion suppose la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée à la société absorbante qui doit corrélativement augmenter son capital. De fait, comment l'absorbante peut augmenter son capital sans avoir reçu un apport correspondant à cette augmentation : la fusion ne peut pas s'effectuer car une de ces conséquences essentielles n'a pas été réalisée. D'autre côté, le législateur insiste sur le fait que l'absorbante doit augmenter son capital d'un montant, au moins, égal à la valeur d'apport transmis par l'absorbée¹²³⁶. Corrélativement, l'absorbante émettra, suite à l'augmentation de son capital, des titres destinés à assurer une contrepartie réelle. Finalement, l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007 relatif à la réévaluation des actifs des sociétés¹²³⁷ et ses instructions opérationnelles¹²³⁸ expliquent que la société de comptabilité agréée par le Ministère des finances doit vérifier que l'apport net transmis doit présenter un caractère réel. Autrement dit, l'augmentation du capital de la société absorbante doit correspondre à l'actif net reçu. Par conséquent, il paraît logique voir indispensable d'adopter les solutions appliquées en droit français pour combler le vide en droit syrien. Cela peut permettre de susciter l'enthousiasme de la doctrine pour faire un pas vers l'évolution du droit syrien. Donc, pour les mêmes raisons déjà évoquées, il est interdit d'absorber une société ayant un actif net négatif.

Il est d'ailleurs logique que lorsque le patrimoine de la société absorbante se retrouve augmenté du fait de la réception du patrimoine de la société absorbée, cette augmentation donne lieu à une prime de fusion.

¹²³⁴ H. Almasri, La fusion et la scission des sociétés, préc., n° 121, p. 199 et s.

¹²³⁵ En plus, l'étude de cette question n'a été traitée par aucun droit dans le monde arabe.

¹²³⁶ Art. 220-3, C. soc.

¹²³⁷ Art. 10-7 de l'ordonnance n° 61 du 2007.

¹²³⁸ Instr. n° 10-1, d, circulaire du 31 déc. 2007.

§II. La constatation d'une prime de fusion

404. Lors d'une augmentation du capital social par émission de nouveaux titres, la loi sur les sociétés commerciales prévoit que les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission¹²³⁹. Si l'augmentation de capital est effectuée par de nouveaux apports en nature, on est en présence de prime d'apport, et si cette augmentation est le résultat d'une opération de fusion, on parle de prime de fusion¹²⁴⁰. La constatation d'une prime de fusion lors de la réalisation de cette opération nécessite une distinction entre le droit français (A.) et le droit syrien (B.) qui n'a pas règlementé la prime de fusion par des textes.

A. En droit français : la prime de fusion est à la libre disposition de la société absorbante

405. Dès l'augmentation du capital de la société absorbante, il arrive fréquemment que la valeur réelle des actions ou parts de celle-ci est supérieure à leur valeur nominale. La différence entre la valeur des biens reçus du fait de la fusion et le montant de l'augmentation du capital opérée doit être portée au passif du bilan à un compte de « prime de fusion »¹²⁴¹. La prime de fusion représente donc la différence entre la valeur réelle apportée et la valeur nominale des titres émis à l'occasion de l'augmentation du capital de la société absorbante¹²⁴². La jurisprudence vient confirmer cette notion en jugeant que la prime de fusion « n'est que le résultat arithmétique de la différence entre la valeur nette de l'apport et celle nominale des actions nouvellement créées pour le rémunérer »¹²⁴³.

Or, l'actif net recueilli par la société absorbante a pour conséquence d'émettre, par celle-ci, des titres au profit des associés de la société absorbée. La valeur nominale de ces titres ne

¹²³⁹ Art. L. 225-128, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁴⁰ J.-F. Artz, *Action*, Répertoire de droit des sociétés, Dalloz, 2002, n° 156.

¹²⁴¹ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 82943 ; Ph. Merle, *Sociétés commerciales*, préc, n° 809, p. 911.

¹²⁴² P. Le Cannu, *Le sens de la prime de fusion*, RTD com. 2005, p. 368.

¹²⁴³ CA Versailles, 12^e ch., sect. 2, 27 janv. 2005, n° 03-4697, RTD com. 2005, note P. Le Cannu ; Paris, 17 janv. 1972, *Gaz. Pal.* 1972, n° 2, p. 500, obs. P. Delaisi.

correspond cependant pas à leur valeur réelle. Dès lors, si l'apport est totalement rémunéré par des actions ou parts remis aux actionnaires ou associés de l'absorbée, les anciens actionnaires ou associés de l'absorbante se trouvent lésés. Les premiers doivent donc payer un droit d'entrée dans l'absorbante qui correspond à la prime de fusion, équivalent à la prime d'émission créée à l'occasion d'une augmentation de capital¹²⁴⁴. La prime de fusion « *n'a besoin d'être justifiée ni par des réserves ni par des plus-values latentes. Il faut reconnaître en la matière la force de la liberté contractuelle* »¹²⁴⁵. Elle est un supplément d'apport liée au capital sans en faire partie¹²⁴⁶. Mais, rien n'empêche les associés de procéder à l'affectation de la prime de fusion à un compte de réserve, puis à l'incorporation de ce dernier au capital¹²⁴⁷. Elle est donc un « supplément d'apport laissé à la libre disposition de la société »¹²⁴⁸. Elle peut être utilisée pour constituer des provisions ou des réserves particulières¹²⁴⁹, pour porter la réserve légale à son niveau maximum, pour une distribution aux associés ou actionnaires des sociétés en cause¹²⁵⁰ et pour imputer les frais relatifs à l'augmentation de capital issue de la fusion¹²⁵¹. Elle peut d'ailleurs être ultérieurement incorporée au capital social de la société absorbante lors d'une augmentation de capital par incorporation de réserves¹²⁵².

406. Par ailleurs, il peut arriver que la société absorbante ait une participation dans la société absorbée. Dans ce cas, l'absorbante, en ayant procédé à la « fusion-renonciation »¹²⁵³, crée seulement les actions ou parts nécessaires à la rémunération des associés de l'absorbée. Dès lors que cette participation a pour conséquence de faire apparaître une plus-value, celle-

¹²⁴⁴ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 62, p. 50. Dans le même sens, voir aussi J.-J. Uettwiller et Ch.-E. Prieur, Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux, Bull. Joly Soc. 2004, n° 12, p. 1449.

¹²⁴⁵ G. Naffah, Prime d'émission, Thèse Paris 1986, Economica, 1987, n° 104, p. 75 ; Bull. CNCC, mars 1987, n° 65.

¹²⁴⁶ P. Didier et M. Marteau-Petit, Prime d'émission, Rép. de droit des soc. 1993, n° 15.

¹²⁴⁷ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 23160.

¹²⁴⁸ Cass. com., 9 juill. 1952, Bull. Civ, III, n° 265 ; JCP 1953, II, n° 7742.

¹²⁴⁹ Tel est le cas de la constitution des provisions pour dépréciation du portefeuille-titres de l'absorbante reçu en apport.

¹²⁵⁰ La distribution de la prime de fusion relève de la compétence de l'assemblée générale ordinaire puisque cette décision n'emporte aucune modification aux statuts de la société (M. Petot-Fontaine, Gestion financière.-Capitaux propres.-Distribution, JCI Sociétés Traités, 2013, n° 10 ; A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 49724).

¹²⁵¹ Selon l'Autorité des normes comptables (ANC), seuls les coûts externes directement liés à l'opération, c'est-à-dire les dépenses qui n'auraient pas été engagées en l'absence de cette opération, constituent, sur le plan comptable, des frais d'émission de titres. Les coûts externes considérés comme des frais d'émission peuvent être imputés sur la prime de fusion, comptabilisés en charges de l'exercice ou inscrits à l'actif en frais d'établissement (Règ. n° 2004-01, §6, du 4 mai 2004).

¹²⁵² J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy sociétés commerciales, préc, n° 1921.

¹²⁵³ Dans cette technique, la société absorbante renonce à émettre des titres qui devaient lui revenir.

ci, est désignée sous le nom de « boni de fusion »¹²⁵⁴, ne peut pas être bloquée dans le même compte de la prime de fusion¹²⁵⁵. Comme la prime de fusion, le boni peut être utilisé pour l'imputation des frais relatifs à la fusion, une distribution ou la constitution de provisions ou de réserves particulières¹²⁵⁶. À l'inverse, lorsque cette participation fait apparaître une moins-value, cette dernière, désignée sous le nom de « mali de fusion »¹²⁵⁷, doit être comptabilisée au compte de résultat de la société absorbante¹²⁵⁸. En contrepartie, lorsque la société absorbée a une participation dans la société absorbante, il est fréquent que la première transfère l'intégralité de son patrimoine, y compris les titres qu'elle détient dans l'absorbante. Une fois le patrimoine de l'absorbée est transmis, l'absorbante augmente naturellement son capital, et, ensuite, elle le réduit d'un montant égal à la valeur nominale des titres qui lui sont transférés et qui sont, en conséquence, annulés. L'écart entre la valeur nominale des actions ou parts annulées et l'actif net apporté sera imputé sur la prime de fusion¹²⁵⁹.

Pour résumer, la prime de fusion est une conséquence éventuelle de l'augmentation du capital de la société absorbante qui est laissée à la libre disposition de celle-ci. Elle est le résultat de la liberté contractuelle des sociétés parties à l'opération, ce qui n'est pas le cas en droit syrien.

¹²⁵⁴ Le boni de fusion se présente lorsque la participation que détient la société absorbante dans la société absorbée a une valeur à la part des titres correspondante (D. Ledouble, Le règlement du CRC sur les fusions : facteur de progrès ou de complexité ?, Bull. Joly Soc. 2005, n° 3, p. 331).

¹²⁵⁵ D'après l'ANC, Le boni est comptabilisé dans le résultat financier à hauteur de la quote-part des résultats accumulés par la société absorbée depuis l'acquisition et non distribués et, dans les capitaux propres pour le montant résiduel ou si les résultats accumulés ne peuvent être déterminés de manière fiable (Règ. n° 2004-01, §4.5.1).

¹²⁵⁶ H. Huguet, Sociétés en nom collectif (cnc). – Fusion par absorption.- Commentaires, JCI Notarial Formulaire, 2014, n° 24.

¹²⁵⁷ Le mali de fusion représente l'écart négatif entre l'actif net reçu par la société absorbante à hauteur de sa participation détenue dans la société absorbée, et la valeur comptable de cette participation. Le mali peut être décomposé en deux éléments : un mali technique généralement constaté pour les fusions évaluées à la valeur comptable lorsque la valeur nette des titres de la société absorbée figurant à l'actif de la société absorbante est supérieure à l'actif net comptable apporté. Au-delà du mali technique, le solde du mali qui peut être représentatif d'un complément de dépréciation de la participation détenue dans la société absorbée, doit être comptabilisé dans le résultat financier de la société absorbante de l'exercice au cours duquel l'opération est réalisée (Règ. n° 2004-01, §4.5.2 ; avis CNC, n° 2008-14 du 2 oct. 2008).

¹²⁵⁸ La société absorbante inscrit la totalité du mali technique dans un sous compte intitulé « mali de fusion » du compte 207 « fonds commercial » (CNC, avis n° 2004-01, 5 mars 2004, §4.2) ; J.-P. Bouère, Faut-il remettre en question la pratique actuelle de la comptabilisation des fusions ?, Bull. Joly Soc. 1995, n° 11, p. 933.

¹²⁵⁹ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento Sociétés commerciales, préc, n° 82970.

B. En droit syrien : la prime de fusion est incorporée au capital de la société absorbante

407. L'augmentation du capital de la société absorbante suppose l'émission de nouveaux droits sociaux destinés aux anciens actionnaires de la société absorbée en échange des titres qu'ils détenaient dans cette dernière. Mais, si l'augmentation du capital de l'absorbante ne correspond pas à l'apport des biens transmis par l'absorbée, les droits des associés ou actionnaires de l'absorbée peuvent être supérieurs à ceux de l'absorbante. Autrement dit, la valeur des apports reçus par l'absorbante peut être supérieure au montant d'augmentation de son capital. Dans cette hypothèse, la valeur réelle des titres apportés est supérieure à la valeur nominale des titres émis à l'occasion de l'augmentation du capital de l'absorbante. De ce fait, cette opération peut causer des dommages aux anciens actionnaires de l'absorbante au détriment des actionnaires de l'absorbée. Les droits des actionnaires anciens de l'absorbante et les actionnaires nouveaux ne sont pas au même pied d'égalité¹²⁶⁰. Dans ce cas de figure, y aura-t-il un moyen permettant d'égaliser les droits des actionnaires de l'absorbante et les actionnaires de l'absorbée ?

408. En droit syrien, en l'absence de solution, la réponse à cette question suppose l'étude des règles de la prime d'émission. En général, les actions nouvelles sont émises à leur montant nominal, elles ne peuvent pas être émises à un montant inférieur de leur montant nominal¹²⁶¹. Cependant, ces actions peuvent être émises à un montant nominal majoré d'une prime d'émission par une décision en assemblée générale extraordinaire¹²⁶². La prime d'émission présente donc la différence entre la valeur nominale d'une action et son prix d'émission¹²⁶³. Elle doit, contrairement au droit français, être incorporée aux réserves de la société. Lorsque l'émission de nouveaux titres résulte de la réception des apports, à l'occasion d'une fusion, transmis par la société fusionnée, une prime de fusion peut avoir lieu. La prime de fusion peut être créée lorsque la valeur nominale des actions nouvelles émises par la société absorbante ne correspond pas à la valeur d'actif net reçu par celle-ci¹²⁶⁴. Elle présente donc la différence entre la valeur réelle de l'apport transmis et celle nominale des actions nouvelles émises pour rémunérer les actionnaires de la société absorbée. Cette prime permet

¹²⁶⁰ A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 140, p. 182.

¹²⁶¹ Art. 95-1, C. soc.

¹²⁶² Art. 95-3 et 101-5, C. soc.

¹²⁶³ Art. 101-5, C. soc.

¹²⁶⁴ H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 196.

d'égaliser les droits des actionnaires anciens de la société absorbante et des actionnaires de la société absorbée. Ces derniers doivent, en conséquence, payer un droit d'entrée dans la société absorbante correspondant à la prime de fusion¹²⁶⁵. Celle-ci est donc la contrepartie des droits que les actionnaires de l'absorbée acquièrent sur l'excédent réalisé du fait de la réception de l'actif net apporté. On en déduit que la prime de fusion, créée à l'occasion d'une fusion, correspond à la prime d'émission créée à l'occasion d'une augmentation de capital¹²⁶⁶.

409. La prime de fusion n'est réglementée en droit syrien par aucun texte. En effet, il paraît, par analogie à la prime d'émission, nécessaire qu'elle soit incorporée aux réserves de la société bénéficiaire de l'opération de fusion. Elle fait ensuite partie des capitaux propres de la société. Par voie de conséquence, la prime doit être incorporée à la réserve facultative dans la mesure où son utilisation n'est pas réglementée par aucun texte. Il en résulte qu'elle peut être utilisée pour imputer les frais relatifs à l'augmentation de capital issue de la fusion ou pour une distribution aux associés ou actionnaires des sociétés participantes à la fusion¹²⁶⁷.

410. Conclusion de la section II. Il a été établi que la réception du patrimoine de la société absorbée par la société absorbante est la conséquence logique de la disparition de celle-ci. Dans ces conditions, la société absorbante procède à l'augmentation de son capital, une augmentation qui doit avoir un caractère réel chez celle-ci. Cette conséquence a été prévue à l'article R. 236-7 du Code de commerce qui confirme que le montant net apporté par l'absorbée doit être au moins égal au montant de l'augmentation du capital de l'absorbante. En l'absence d'un texte équivalent en droit syrien, la doctrine confirme que l'apport transmis doit présenter une contrepartie réelle au sein de la société absorbante. L'absorption d'une société présentant un actif net négatif est en conséquence interdite. L'étude de cette question a été consacrée par la doctrine française et qui devrait avoir son importance par la doctrine syrienne. Donc, l'actif net transféré par la société absorbée trouve sa contrepartie dans l'augmentation du capital et la constatation d'une prime de fusion chez la société absorbante.

¹²⁶⁵ H. Alsagheer, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 196.

¹²⁶⁶ H. Almasry, La fusion et scission des sociétés, préc, n° 121, p. 199.

¹²⁶⁷ V. art. 198-2, C. soc.

411. Conclusion du chapitre II. Les effets de la fusion sur la société absorbante ne sont pas nombreux autant que ceux sur la société absorbée car cette dernière disparaît de la scène juridique alors l'absorbant maintient sa personnalité morale. La société absorbante recueille le patrimoine transmis et se substitue à la société absorbée dans ses relations juridiques, contractuelles ou délictuelles. Elle lui succède, sauf exceptions, dans les contrats et devient débitrice à sa place sans que cette substitution n'amène pas à la novation des dettes à l'égard des créanciers. Mais cela ne signifie pas que la dissolution sans liquidation de la personne morale est assimilée au décès de la personne physique. Cette idée est contestable et justifiée, en droit français, par le régime spécifique de l'opération de fusion. La solution apportée par la doctrine française doit être reprise en droit syrien car elle permet d'enrichir notre système juridique. Cela vaut également pour la question relative à l'augmentation du capital de la société absorbante. L'adoption d'une disposition équivalente à l'article R. 236-7 du Code de commerce français est nécessaire pour régler les effets de la fusion sur la société absorbante. Cela montre en conséquence l'importance et l'utilité du droit français pour combler le vide législatif du droit syrien.

Conclusion du titre I

412. Même si les effets de la fusion sur les sociétés parties en droit syrien sont en général assimilés à ceux en droit français, mais l'évolution de ce dernier en la matière a créé un déséquilibre significatif entre les deux régimes juridiques. La liberté donnée aux sociétés parties de choisir une date d'effet de la fusion atteste la souplesse du droit français. L'absence de cette faculté en droit syrien montre que celui-ci demeure rigide quant aux évolutions des opérations de fusion. Prévoir que la fusion entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine aux sociétés bénéficiaires est une particularité du droit français, alors que conséquence aurait due, en même temps, être envisagée par le législateur syrien. Il en résulte que tous les droits et obligations de la société absorbée devraient naturellement être transmis à la société absorbante. Toutefois, soit en droit français ou droit syrien, certains titres sont intransmissibles en vertu de leur attache particulière à la personne : il faut en effet l'autorisation du cocontractant. La consécration par la jurisprudence et la doctrine française de cette exception peut participer au traitement de cette question en droit syrien. On doit en revanche faire valoir que ce tempérament est excessif dans la mesure où il incohérent avec le principe de la transmission universelle qui peut assurer l'exécution du contrat, qui ne sera pas par la suite affecté par la substitution de la personne morale absorbante. De la même manière, le principe de la transmission universelle du passif est atténué par la responsabilité pénale de l'apporteur de patrimoine. Le principe de personnalité des peines fait obstacle à la transmission de la responsabilité pénale de la société absorbée. L'application stricte par la Cour de cassation française de ce principe paraît orthodoxe car elle transpose aux personnes morales les règles conçues pour la responsabilité pénale des personnes physiques. Elle ne prend pas en compte la spécificité de la personne morale. On ne peut pas en effet assimiler purement et simplement la dissolution sans liquidation de la société absorbée et la mort de la personne physique.

413. De son côté, la société absorbante recueille, sauf les exceptions susmentionnées, tous les éléments d'actif et du passif apportés par la société absorbée. Plusieurs arrêts de la Cour de cassation française confirment cette transmission universelle. De ce fait, la société absorbante augmente son capital du montant de l'apport de la société absorbée, ce qui interdit l'absorption d'un actif net négatif. Les solutions apportées par la doctrine française à cette question démontrent la souplesse et la variété du droit français par rapport au droit syrien. On

doit, en droit syrien, toujours se référer au droit commun pour régler les effets de la fusion sur les sociétés parties à l'opération. Le législateur syrien ne prend pas en considération l'autonomie et la spécificité de l'opération de fusion, il lui appartient en effet de s'écarter des règles de droit commun.

Outre les effets de la fusion sur les sociétés participantes, l'opération emporte également des conséquences multiples à l'égard des tiers.

TITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION À L'ÉGARD DES TIERS

« La fusion indique une chose juridique beaucoup plus précise, ne déterminant pas un état de fait, mais un moyen de droit »¹²⁶⁸.

¹²⁶⁸ J. Cooper Royer, De la fusion des sociétés : essai juridique, Dalloz, 1933, p. 5.

414. La réalisation d'une opération de fusion implique d'importantes modifications non seulement sur la situation de la société absorbée et absorbante, mais également sur les tiers. Le droit français a donné une importance particulière quant aux effets de la fusion sur ces derniers. Des dispositions particulières ont été envisagées par le législateur ayant pour objectif de mettre en évidence le sort, notamment les droits, des tiers en cas de fusion. En revanche, ces dispositions n'ont pas en principe leur place dans le chapitre relatif à la fusion des sociétés en droit syrien. L'existence des lacunes est un trait textuel du droit syrien quant aux effets de la fusion à l'égard des tiers. Soit en droit français ou syrien, pour traiter les effets de la fusion, on doit différencier entre deux catégories des tiers. D'une part, cette opération est susceptible d'entraîner une série de conséquences sur les personnes qui se retrouvent au sein des sociétés en cause. C'est-à-dire, les parties prenantes « stakeholders » (**Chapitre I**). D'autre part, la fusion a d'importantes conséquences sur les personnes étrangères à l'opération de fusion (**Chapitre II**). Cette expression vaut pour les penitus extranei, l'administration fiscale, qui désignent les tiers tout à fait étrangers à l'opération¹²⁶⁹ autant que pour les tiers ordinaires, les créanciers qui sont plus proches des sociétés parties.

Chapitre I. Les effets de la fusion sur les parties prenantes « stakeholders »

Chapitre II. Les effets de la fusion à l'égard des tiers externes des sociétés parties à l'acte

¹²⁶⁹ G. Cornu, Vocabulaire juridique, Association Henri Capitan, 10^e éd., PUF, 2014, p. 752.

CHAPITRE I. LES EFFETS SUR LES PARTIES PRENANTES « STAKEHOLDERS »

415. L'expression parties prenantes ou stakeholders désigne toute personne, dans la société, qui subit les conséquences de la fusion qui peut avoir effet sur elle¹²⁷⁰. Lors de la fusion, la transmission universelle du patrimoine de la société apporteuse à la société réceptrice entraîne des conséquences essentielles sur les personnes qui se retrouvent au sein des sociétés en présence. De fait, il convient d'exposer les effets de la fusion sur les statuts des dirigeants (**Section I**), des associés (**Section II**) et sur les salariés des sociétés participantes (**Section III**).

¹²⁷⁰ T. François-Guy, Stakeholders theory et droit des sociétés, Bull. Joly Sociétés, 2006, n° 12, p. 1337.

Section I. Les effets de la fusion à l'égard des dirigeants

416. Dès lors que la fusion a pour effet de faire disparaître de la société absorbée, la question se pose de savoir quel est le sort des dirigeants dans la mesure où une partie à cette opération va perdre son existence juridique. Cette question n'a pas une réponse identique en droit français et droit syrien. Elle soulève en effet deux situations qui doivent être distinctement envisagées. La première concerne le nombre des dirigeants de la société bénéficiaire de l'opération de fusion (§I). En revanche, la deuxième hypothèse concerne les actes que les dirigeants concluent alors que la société au nom de laquelle ils ont passé ces actes a disparu du fait de la fusion (§II).

§I. La désignation du nombre des dirigeants de la société bénéficiaire de l'opération de fusion

417. La question de la désignation du nombre des dirigeants est plus évidente en droit français qu'en droit syrien. La solution est expressément fournie par le Code de commerce français mais elle n'est pas équivalente dans le Code des sociétés syrien. Il faut en conséquence établir une distinction entre ces deux systèmes juridiques.

A. En droit français : l'aménagement textuel de nombre des dirigeants

418. Le législateur français a prévu des conséquences sur le statut des dirigeants des sociétés en cause en matière de fusion. En principe, la loi sur les sociétés commerciales laisse une latitude importante aux associés pour fixer le nombre des dirigeants (1°). Mais, elle impose, dans les sociétés anonymes, pour le nombre des membres du conseil d'administration ou de surveillance, un minimum et un maximum qui peut être exceptionnellement dépassé dans la seule hypothèse de fusion (2°).

1° Le principe

419. Imaginer une société sans organe de direction, c'est comme imaginer un Etat sans pouvoir exécutif¹²⁷¹. Les dirigeants disposent de pouvoir de décision leur permettant de diriger et représenter leur société conformément aux principes de droit des sociétés¹²⁷². Les dirigeants sont désignés, par les associés, dans les statuts de la société. Mais, cette faculté est plus souple dans les sociétés de personnes que dans les sociétés de capitaux. La loi sur les sociétés commerciales donne aux associés de la société en nom collectif une liberté de nommer le ou les gérants. Dans le silence des statuts, tous les associés deviennent gérants¹²⁷³. La révocation du gérant doit être décidée par tous les associés¹²⁷⁴. En revanche, dans la SARL, la direction de la société doit obligatoirement être attribuée à un ou plusieurs gérants. Le nombre des gérants est librement fixé par les statuts de la société¹²⁷⁵. Ils sont nommés par des associés représentant plus de la moitié des parts sociales¹²⁷⁶. Il en va aussi pour leur révocation, les associés prenant cette décision doivent représenter plus de la moitié du capital social, à moins que les statuts prévoient une majorité plus forte¹²⁷⁷.

420. Toutefois, la latitude accordée aux associés de désigner leurs dirigeants est limitée dans les sociétés anonymes. Le droit des sociétés impose un nombre minimum et maximum du nombre des administrateurs qui doit être respecté. Le conseil d'administration doit être composé d'au moins de trois administrateurs et ne doit pas dépasser dix-huit¹²⁷⁸. Dans cette double limite, l'assemblée générale ordinaire a la liberté de fixer le nombre des membres du conseil d'administration¹²⁷⁹. Lorsque le nombre des administrateurs est devenu inférieur au minimum légal, les administrateurs restants doivent convoquer immédiatement l'assemblée générale ordinaire en vue de compléter l'effectif du conseil¹²⁸⁰. Lorsque le nombre des

¹²⁷¹ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc, n° 274, p. 157.

¹²⁷² Les dirigeants étant concernés par cette notion sont les dirigeants de droit, alors que les dirigeants de fait n'ayant pas une habilité juridique ne sont pas visés par le terme de « dirigeant ».

¹²⁷³ Art. L. 221-3, al. 1^{er}, C. com. Les règles de la SNC sont applicable à la gérance de la société en commandite simple (art. L. 222-2, C. com.).

¹²⁷⁴ Art. L. 221-12, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁷⁵ Art. L. 223-18, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁷⁶ Art. L. 223-29, al. 1^{er}, C. com. Cependant, les statuts peuvent prévoir une majorité plus élevée.

¹²⁷⁷ Art. L. 223-25, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁷⁸ Art. L. 225-127, al. 1^{er}, C. com.

¹²⁷⁹ En revanche, les premiers administrateurs sont nommés, dans les statuts, par l'assemblée générale constitutive (art. L. 225-16 et L. 225-18, al. 1^{er}, C. com.).

¹²⁸⁰ Art. L. 223-24, al. 2, C. com.

administrateurs est devenu inférieur au minimum statutaire, sans toutefois être inférieur au minimum légal, le conseil d'administration doit procéder à des nominations à titre provisoire en vue de compléter son effectif dans le délai de trois mois à compter du jour où se produit la vacance¹²⁸¹. Cependant, le nombre des administrateurs peut dépasser le chiffre de dix-huit, en cas de fusion de sociétés anonymes, pendant un délai prévu par le législateur.

2° L'exception : augmentation du nombre des membres de direction en cas de fusion

421. Comme on l'avait souligné, la fusion emporte la disparition de la société absorbée et la transmission universelle de son patrimoine actif et passif à la société absorbante. Cela revient à dire que l'absorbante recueille l'intégralité du patrimoine de l'absorbée, y compris les droits et les obligations. Mais, on se demande si cette universalité comprend les personnes dirigeantes de l'absorbée ou elle concerne seulement les biens de celle-ci. Autrement dit, est-ce que la fusion a des conséquences sur la composition de la direction dans la société absorbante, notamment que la société absorbée n'a plus d'existence juridique à l'occasion de cette opération de restructuration ?

Il paraît que la situation des dirigeants dans les opérations de fusion ne soulève pas beaucoup de difficultés. La répartition des pouvoirs et des fonctions à l'intérieur de la société bénéficiaire a généralement été l'un des sujets discuté pendant la période de négociation des sociétés parties à l'opération. Le Code de commerce s'est penché quand même sur cette question. En effet, en cas d'une fusion-absorption, la société absorbée disparaît totalement et, en conséquence, la question du sort des dirigeants ne pose aucun problème. De la même façon, en cas d'une fusion par création de société nouvelle, la situation est la même pour les dirigeants des sociétés qui disparaissent¹²⁸².

422. Néanmoins, la difficulté qui peut surgir se retrouve au sein de la société absorbante ou la société nouvelle issue de la fusion. Le législateur a posé des solutions sur cette question en retenant l'attention sur le sort des organes de direction en cas de fusion. Mais, les dispositions en vigueur ne s'appliquent que sur les sociétés anonymes. Cela signifie que la loi

¹²⁸¹ Art. L. 223-24, al. 3, C. com.

¹²⁸² M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 390, p. 97.

sur les sociétés commerciales n'a pas l'intention de faire appliquer ces dispositions aux autres sociétés commerciales. Les solutions apportées par le législateur français portent uniquement sur le nombre du conseil d'administration ou de surveillance dans la société bénéficiaire de l'opération de fusion¹²⁸³. De fait, il est nécessaire de fixer le nombre de membres du conseil d'administration dans la société absorbante ou nouvellement créée. En vertu de l'article L. 225-95 du Code de commerce, le nombre des administrateurs ou du conseil de surveillance peut dépasser le plafond de dix-huit prévu aux articles L. 225-17 et L. 225-69 du Code de commerce dans un délai de trois ans à partir de la date de fusion fixée à l'article L. 236-4, sans pouvoir être supérieur à vingt-quatre¹²⁸⁴.

En conséquence, on constate que le texte vise uniquement les fusions réalisées entre les sociétés anonymes ; une absorption d'une société à responsabilité limitée par une société anonyme n'est pas concernée par le texte. Pour une fusion de deux sociétés anonymes, le législateur a donc instauré une dérogation au plafond de dix-huit du nombre des membres du conseil d'administration ou du conseil de surveillance des sociétés anonymes¹²⁸⁵. Cette dérogation est néanmoins provisoire et doit être régularisée dans trois ans à compter de la date de la fusion¹²⁸⁶. Le caractère temporaire de trois ans commence à s'écouler à compter de la date de prise d'effet de la fusion et non celle de sa réalisation définitive. Or, on doit tenir compte de la fusion avec effet rétroactif. Dans cette hypothèse, lorsqu'une fusion est définitivement effectuée avec un effet rétroactif, cela donne un délai de régularisation qui commence à courir à partir de la date d'effet convenue accordée à la fusion¹²⁸⁷.

423. Dans le cas où, faute d'accord des administrateurs, le plafond légal n'est pas atteint, l'assemblée générale ordinaire devra procéder à la régularisation de la composition du conseil d'administration. Au contraire, lorsque le nombre des administrateurs dépasse le plafond du chiffre de vingt-quatre, la société absorbante doit agir pour régulariser la situation. A défaut, l'assemblée générale doit être convoquée afin de régulariser le nombre du conseil d'administration¹²⁸⁸.

¹²⁸³ On appelle les sociétés anonymes à conseil d'administration les sociétés anonymes classiques, alors que les sociétés anonymes à directoire et conseil d'administration appelées les sociétés anonymes duales (C. Malecki, *La gouvernance éclairée*, Rev. Lamy Droit des Affaires 2007, n° 18).

¹²⁸⁴ J.-P. Casimir et M. Germain, *Dirigeants de sociétés*, Groupe Revue Fiduciaire, 2007, n° 237, p. 60.

¹²⁸⁵ En ce sens, v. M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, *Droit des sociétés*, préc, n° 531, p. 294.

¹²⁸⁶ Art. L. 225-95, C. com.

¹²⁸⁷ M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc, n° 396, p. 98.

¹²⁸⁸ Puisque le conseil d'administration n'était pas régulièrement composé, il ne peut pas procéder à cette

424. La loi n'établit aucune contrainte pour la composition du conseil d'administration. Il paraît, en effet, possible de nommer, en dehors des administrateurs de la société absorbée, des nouveaux administrateurs tant que le plafond de vingt-quatre soit toujours respecté¹²⁸⁹. En revanche, la loi sur les sociétés commerciales n'a pas apporté une disposition particulière, analogue à celle applicable aux membres du conseil d'administration ou de surveillance, permettant d'augmenter le nombre des membres du directoire au-delà du plafond autorisé. De ce fait, le directoire de la société absorbante ou la société nouvelle issue de la fusion ne doit comporter que cinq ou sept membres¹²⁹⁰. On peut en effet estimer que cette solution apportée par législateur français est adaptée à la nature spécifique des opérations de fusion, mais il vaut mieux qu'elle soit étendue aux autres sociétés de capitaux lorsque celles-ci sont absorbées par une société anonyme. Cette solution résulte de l'intention du législateur d'étendre, sauf exception, les dispositions relatives, en matière de fusion, aux sociétés anonymes aux SARL¹²⁹¹, SAS¹²⁹² et SCA¹²⁹³. La solution est conforme à l'essence de la transmission universelle de patrimoine. Une telle solution apportée par législateur français ne trouve pas son équivalent en droit syrien.

B. En droit syrien : le régime de fusion, source d'inefficacité

425. En droit syrien, au contraire de ce qui est prévu en droit français, la situation des dirigeants en cas de fusion n'a pas eu d'importance particulière, même elle est totalement absente. Le législateur syrien n'a pas réagi comme il faut quant à la nature particulière de l'opération fusion. Or, il faut se référer aux principes généraux (1°) pour connaître l'avenir des dirigeants en cas de disparition de la société qu'ils représentent à l'occasion de la fusion. Avec l'insuffisance de droit de fusion, il est possible d'envisager certaines solutions (2°) qui vont avec l'évolution du droit des sociétés.

convocation. Dans ce cas, l'assemblée sera convoquée par un mandataire désigné en justice (A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc, n° 39024).

¹²⁸⁹ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc, n° 39023.

¹²⁹⁰ La société anonyme est dirigée par un directoire composé de cinq membres au plus. Lorsque les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé, ce nombre peut être porté par les statuts à sept (art. L. 225-58, al. 1^{er}, C. com.).

¹²⁹¹ Art. L. 236-2, al. 4, C. com.

¹²⁹² Art. L. 227-1, al. 3, C. com.

¹²⁹³ Art. L. 226-1, al. 2, C. com.

1° Le recours aux principes généraux

426. En tant que personne morale, la société ne peut pas en elle-même faire des activités. Il faut une personne physique la représenter et qui agit au nom et pour le compte de celle-ci : c'est le dirigeant ou le président du conseil d'administration qui s'occupe de cette fonction¹²⁹⁴. Certains auteurs¹²⁹⁵ considèrent que le dirigeant est un mandataire social qui peut représenter et engager la personne morale à l'égard des tiers¹²⁹⁶. Cette analyse est issue du contrat de société¹²⁹⁷. D'autres¹²⁹⁸ estiment que le dirigeant est considéré comme organe de la société investi d'un pouvoir de représentation¹²⁹⁹. Le droit syrien a adopté la première théorie¹³⁰⁰. En effet, les règles concernant le mandat s'appliquent aux dirigeants¹³⁰¹.

427. Il en découle, puisque les dirigeants sont mandataires de la société, que leur pouvoir arrive à terme lorsque leur société se dissout. Dès la dissolution, la société est en liquidation. Les dirigeants perdent leur qualité comme représentants et la représentation de la société se transfère au liquidateur. Toutefois, en matière de fusion, la dissolution de la société appelée à disparaître n'est pas suivie d'une liquidation. Son patrimoine est intégralement transmis à la société bénéficiaire de la fusion. En application des règles concernant le mandat, ce dernier finit par la mort soit du mandant soit du mandataire¹³⁰². En transposant ces règles à la fusion, la société mandant est dissoute sans liquidation : elle n'a plus d'existence à l'occasion de fusion. Cela revient à dire que la mort de la société absorbée mandant met fin au contrat de mandat conclu avec le dirigeant mandataire. La fusion a donc pour conséquence de

¹²⁹⁴ J. Meknas, Les sociétés commerciales, préc, p. 73.

¹²⁹⁵ V. J. Alhakeem, Les sociétés commerciales, préc, p. 147 ; H. Faroun, Le droit commercial, préc, n° 335, p. 229.

¹²⁹⁶ Dans cette optique, le dirigeant est investi, d'une part, d'un mandat de la personne morale dans ses rapports avec les tiers et, d'autre part, d'un mandat des associés pour assurer la gestion interne de celle-ci (F. Sami, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la culture, Jordanie, 2006).

¹²⁹⁷ Cette analyse s'appuie sur la nature contractuelle de la société. Le dirigeant est lié à cette dernière par un contrat.

¹²⁹⁸ M. Taha, Le droit commercial, préc, p. 275 ; M. Shafiq, Le manuel en droit commercial, tome 1, 3^e éd. La maison de la renaissance, Egypte, 1957, n° 599, p. 536 ; M. Alareeni, M. Alfaqui, Le droit commercial, éd. Alhalabi, Liban, 2003, p. 314.

¹²⁹⁹ Cette partie de doctrine trouve dans la nature institutionnelle de la société est l'explication qui analyse la qualité du dirigeant. Selon l'école institutionnelle, il y a une représentation de la société par les organes que la loi a institués. En d'autres termes, le statut du dirigeant apparaît comme un organe de la société qu'un mandataire. Il a un statut original, organisé par la loi, dans les relations de la société qu'il représente à l'égard des tiers (A. Yamelki, Le droit commercial-Les sociétés, 2^e éd. La maison de la culture, Jordanie, 2010).

¹³⁰⁰ Art. 69-2, C. soc.

¹³⁰¹ J. Meknas, Les sociétés commerciales, préc, p. 131 ; H. Faroun, Le droit commercial, préc, n° 335, p. 229

¹³⁰² Art. 680, C. civ.

mettre fin au pouvoir du dirigeant lorsque la société qu'il représente disparaît par l'effet de cette opération¹³⁰³.

Donc, le droit syrien s'oppose au droit français sur ce point. En droit français, les dirigeants ne perdent pas leur qualité du fait de la fusion, ils se voient transférés dans la société absorbante. En revanche, la fusion met, en droit syrien, un terme aux fonctions des dirigeants de la société fusionnée. Il paraît que cette solution est un peu rigide et pourrait mettre un obstacle à la réalisation des opérations de fusion. Pour cela, nous allons proposer certaines solutions qui permettent de rendre le droit syrien en matière de fusion plus souple.

2° La possibilité d'envisager d'autres solutions

428. Il paraît que les solutions apportées à la question concernant la qualité du dirigeant au sein de la société ne sont pas suffisantes. Il est donc indispensable de s'y pencher pour essayer de proposer une solution plus adaptée et appropriée à la qualité du dirigeant de société. Dans notre système juridique, le mécanisme du mandat reste toujours jugé adéquat. Cependant, même si la société est un contrat, le dirigeant ne peut pas être considéré comme mandataire pour plusieurs raisons¹³⁰⁴. Au prime abord, en droit commun, la personne n'est pas tenue de donner mandat, elle est libre de toute obligation lui peut être imposée¹³⁰⁵. Au contraire, en droit des sociétés, la loi impose aux associés de la société de confier la direction de celle-ci à un ou plusieurs mandataires sociaux. Ensuite, en second lieu, le mandant, en droit civil, n'est pas tenu de définir l'étendue du mandat qu'il donne¹³⁰⁶, alors que les pouvoirs des dirigeants sont fixés par le législateur. En troisième lieu, les dirigeants ne sont pas tenus solidairement envers les associés, ce qui n'est pas le cas pour le mandataire en Code civil¹³⁰⁷. Finalement, en droit commun, le mandataire peut être révoqué même en l'absence de justes

¹³⁰³ H. Alsaghir, *Le régime juridique de la fusion des sociétés*, préc., p. 492 ; F. Basbous, *La fusion des sociétés anonymes*, préc., p. 89.

¹³⁰⁴ Le mandat en droit commun est en principe gratuit (art. 670-1, C. civ.). En revanche, les dirigeants sociaux sont rémunérés.

¹³⁰⁵ M. Albayat et A. Abo-Al-iyal, *Les obligations*, éd. L'université de Damas, 2010, n° 24, p. 36 ; F. Saleh, *Les obligations*, éd. L'université de Damas, 2012, n° 83, p. 88.

¹³⁰⁶ Art. 669, C. civ. ; M. Siwar, *La théorie générale des obligations*, 10^e éd., L'université de Damas, 2004, n° 374, p. 265.

¹³⁰⁷ Art. 673-1, C. civ.

motifs de révocation¹³⁰⁸, ce qui n'est pas le cas pour les gérants de SNC et SARL¹³⁰⁹.

429. Le dirigeant se diffère donc du mandataire du droit commun dans le contenu et les effets du type du contrat de mandat. Cependant, la source de la représentation du dirigeant est contractuelle même si le contenu et les effets du mandat sont largement légalisés dans les rapports de la société avec les tiers. Mais, puisque la société est un contrat spécial, sa représentation sociale suppose une catégorie particulière de mandat. On peut, en effet, qualifier le dirigeant comme mandataire spécial. Il est donc organe de la société et investi en même temps d'un pouvoir de représentation en tant que mandataire¹³¹⁰.

Par voie de conséquence, lorsque la société se fait absorber, on peut estimer que la fonction du dirigeant se maintient au sein de la société bénéficiaire de la fusion. En envisageant cette solution, qu'est-ce qu'il peut nous interdire d'adopter une solution analogue à celle prévue en droit français. En droit des sociétés, dans la SARL, le nombre des gérants ne doit pas dépasser cinq¹³¹¹, mais il est possible d'augmenter ce nombre jusqu'à sept lorsque le nombre des associés dépasse vingt cinq¹³¹². De ce fait, lorsque le nombre des associés de la société absorbante augmente, il est possible d'augmenter le nombre des dirigeants de l'absorbante. Donc, il n'y a pas un obstacle qui peut nous empêcher d'envisager une solution permettant d'augmenter le nombre des dirigeants en matière de fusion. C'est-à-dire, la composition des dirigeants des sociétés en cause est susceptible d'être modifiée par l'effet de la fusion.

En adoptant cette solution, le dirigeant ne peut pas se dégager de la responsabilité lorsqu'il commet, avant la fusion, un acte délictueux au détriment de la société. Il reste toujours responsable même après la fusion de sa société. Il convient en effet de s'interroger sur les actes que les dirigeants concluent au nom de leur société appelée à disparaître.

¹³⁰⁸ Mais, dans ce cas, il a le droit à des dommages et intérêts.

¹³⁰⁹ Ceux-ci révocables sont toujours mandataires, mais ils sont d'avantage considérés come des organes sociaux. Sur la révocation du dirigeant pour justes motifs, art. 36-3, C. soc. pour la SNC et art. 67-11, C. soc. pour la SARL.

¹³¹⁰ Dans le même sens, voir S. Alkelyoubi, Les sociétés commerciales, préc, n° 146, p. 352 ; A. Yamelki, Les sociétés commerciales, 2^e éd. La maison de la culture, La Jordanie, 2010, n° 124, p. 22.

¹³¹¹ Art. 67-1, C. soc.

¹³¹² Art. 67-2, C. soc.

§II. Le sort des actes conclus pas les dirigeants au nom de la société absorbée

430. Il est vrai que la composition des dirigeants des sociétés en cause est susceptible d'être modifiée par l'effet de la fusion. Mais, la nature des actes conclus par les dirigeants avant la fusion (A.) paraît un sujet très intéressant notamment que ceux-ci pourraient être responsables lorsque ces actes sont commis au détriment de la société ou des associés (B.).

A. La nature des actes conclus par les dirigeants de la société absorbée

431. Puisqu'il est investi d'un mandat social lui conférant par la société elle-même, le dirigeant dispose des pouvoirs lui permettant d'accomplir les actes de gestion nécessaire pour la bonne marche de la société. Il est tenu d'un devoir de loyauté qui lui interdit d'agir son propre intérêt au détriment de l'intérêt de la société. Il exerce d'ailleurs, dans l'ordre externe, le pouvoir de représenter la société et de l'engager envers les tiers. En d'autres termes, il agit au nom de la société pour conclure les contrats et passe les actes que commande l'intérêt de la société¹³¹³. Cette représentation n'est cependant pas sans limites : elle est restreinte par la loi dans la mesure où l'acte a été accompli en dépassement de l'objet social ou en violation de l'intérêt social¹³¹⁴.

432. Dans le premier cas, le Code de commerce français établit une distinction selon que la société contractante est une société à risque limité ou illimité. Dans les sociétés à risque limité, la société est tenue des actes accomplis par les dirigeants même si ces actes dépassent l'objet social¹³¹⁵. En revanche, les dirigeants des sociétés à risque illimité n'engagent leurs sociétés que par les actes entrant dans l'objet social¹³¹⁶. Lorsque l'acte conclu par le dirigeant ne relève pas de l'objet social, il devient inopposable à l'égard de la

¹³¹³ P. Didier et Ph. Didier, Les sociétés commerciales, préc, n° 272, p. 231.

¹³¹⁴ J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc, n° 161, p. 151 et s.

¹³¹⁵ Pour la SARL (art. L. 223-18, al. 5, C. com.), pour la SA (art. L. 225-35, al. 2, C. com.) et pour la SAS (art. L. 227-6, al. 2, C. com.).

¹³¹⁶ Pour la SNC, voir art. L. 221-5, al. 1^{er}, C. com. Sur la société civile, voir M.-H. Monsérié-Bon, Les dirigeants de la société civile aujourd'hui : quels pouvoirs ?, Bull. Joly Sociétés 2008, n° spécial, p. 1061.

société¹³¹⁷. Cette distinction n'a pas été respectée par le Code des sociétés syrien qui énonce que la société est engagée par tous les actes, du gérant ou du conseil d'administration, relatifs à l'activité de la société. En effet, la société est tenue des actes qui relèvent de l'objet social¹³¹⁸, sous réserve de limitation des pouvoirs publiée au RS¹³¹⁹.

433. Dans le cas où l'acte a été passé en violation de l'intérêt social, la nullité des actes juridiques en droit commun trouve ici application. La jurisprudence n'hésite pas à prononcer la nullité dès que les dirigeants ont passé des actes contrairement à l'intérêt social¹³²⁰. La nullité se justifie par le fait que le dirigeant exerce son pouvoir à des fins étrangères à l'intérêt de la société. Ainsi, la loi a pour objectif de protéger le patrimoine de la société et les intérêts des tiers aussi que les intérêts des associés¹³²¹. De fait, le consentement unanime des associés n'a pas pour effet de couvrir le vice de l'acte passé, même si l'intérêt social correspond à l'intérêt des associés¹³²². La nullité peut être invoquée par les tiers au même titre que la société et son cocontractant¹³²³.

En outre, il arrive que les clauses statutaires limitent les pouvoirs des dirigeants pour certains actes juridiques considérés dangereux pour la société¹³²⁴. Les statuts prévoient expressément parfois que les dirigeants devront obtenir l'accord préalable des associés avant de passer certains actes. Dans cette hypothèse, la société ne peut pas se prévaloir de telles clauses pour remettre en cause l'acte passé¹³²⁵. Selon la Haute juridiction, la société est

¹³¹⁷ Le tiers n'a, dans ce cas, qu'à engager la responsabilité personnelle du dirigeant après avoir démontré que cet acte s'agit d'une faute détachable des fonctions.

¹³¹⁸ Art. 484, al. 1^{er}, C. civ. V. J. Meknass, préc, p. 73.

¹³¹⁹ A condition que le numéro d'immatriculation de la société soit mentionné dans l'acte ou le contrat conclu (pour la SNC, art. 34-5, C. soc., pour SARL, art. 67-10, C. soc. et pour la SA, art. 148-4, C. soc.). A défaut, l'acte est inopposable aux tiers (A. Albaroudi, Le droit commercial, préc, p. 287).

¹³²⁰ Cass. com., 13 déc. 2005, n° 1646. En matière de cautionnement, voir Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785 ; Bull. Joly Soc. 2008, n° 189, p. 883, obs. J.-F. Barbière ; Cass. com. 13 nov. 2007, n° 06-15826 ; JCP E 2008, n° 3, note J.-J. Caussain, F. Deboissy et G. Wicker. En droit syrien, cette sanction est prévue par le Code des sociétés (pour la SARL, art. 76-1 et pour la SA, art. 120-6).

¹³²¹ F. François, E. De Frondeville et A. Marlange, Dirigeant de société, Delmas, 2^e éd. 2009, n° 44.26, p. 323.

¹³²² Cass. 3^e civ., 12 sep. 2012, n° 11-17948, Bull. 2012, III, n° 121 ; Cass. com., 8 nov. 2011, n° 07-11785, Rev. sociétés 2012, p. 238, note A. Viandier ; Cass. crim. 30 sep. 1991, n° 90-83965, Rev. sociétés 1992, 356, obs. B. Bouloc. Voir également D. Poracchia, Nullité d'un cautionnement contraire à l'intérêt social, malgré le consentement unanime des associés, Bull. Joly Soc. 2012, n° 12, p. 831.

¹³²³ M. Cozian, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, préc, n° 289, p. 172.

¹³²⁴ Tel est par exemple la vente d'un fonds de commerce, d'un immeuble ou la souscription d'emprunt qui dépasse un certain montant. Alors que ces clauses sont opposables, en droit syrien, aux tiers tant que les statuts dont l'objet de publication au RS et que l'acte en cause mentionne le numéro d'immatriculation de la société.

¹³²⁵ F.-X. Lucas, Le dirigeant social qui contracte au mépris d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage la société, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 5, p. 529 ; D. Poracchia, Pouvoir des dirigeants et limitations statutaires, Dr. et Patr. 2001, n° 95.

engagée par l'acte de son dirigeant conclu en violation de clauses statutaires, même si le tiers avait connaissance de l'existence de telles clauses¹³²⁶. Dans le cadre de fusion, lorsque la société fait l'objet d'une fusion, les actes passés par les dirigeants, tant qu'ils ne sont pas entachés de nullité, sont naturellement transmis à la société absorbante par l'effet de la transmission universelle de patrimoine¹³²⁷.

434. Cependant, le dirigeant peut consentir des délégations de pouvoir pour représenter la société et agir en son nom et pour son compte. Le délégataire dispose, en effet, des pouvoirs nécessaires à l'exercice d'une fonction déterminée répondant à l'intérêt de la société¹³²⁸. Cette technique d'organisation du pouvoir n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir de représentation légale de la société accordée au dirigeant auteur de la délégation¹³²⁹. Pour cela, le changement de représentant légal de la société n'a pas d'incidence sur la délégation de pouvoir¹³³⁰. Cette solution va néanmoins autrement en matière de fusion. En dépit de l'existence de la règle du transfert universel du patrimoine de la société amenée à disparaître, le maintien de délégation de pouvoir consentie avant la fusion dépend des circonstances. La Cour de cassation énonce que la délégation consentie à un salarié de la société absorbée prend fin postérieurement à la fusion absorption aux motifs que cette opération avait donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social¹³³¹. Certains auteurs estiment qu'il vaut mieux pour la société absorbante de renouveler les délégations de pouvoirs consenties aux salariés de la société absorbée conservant leur poste dans celle-ci¹³³².

Lorsque le dirigeant passe un acte en dépassement de l'objet social ou en violation de l'intérêt social de la société, il est de nature d'engager sa responsabilité.

¹³²⁶ Cass. 3^e civ., 12 juill. 2005, Bull. Joly Soc. 2006, n° 46, p. 231, obs. Y. Dereu ; Cass. 3^e civ. 24 janv. 2001, n° 99-12841: Bull. Joly Soc. 2001, n° 5, p. 529, note F.-X. Lucas ; Cass. com., 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, p. 946, note P. Le Cannu.

¹³²⁷ Art. L. 236-3-I, C. com. Et art. 222, C. soc.

¹³²⁸ En l'absence des règles particulières applicables à la délégation de pouvoir, cette dernière obéit à la réglementation du mandat (A. Larcena et A. Elineau, Pratiques des délégations des pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités, Dr. sociétés 2012, p. 8.)

¹³²⁹ Ch. Lebel, Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS, RLDA 2011, n° 64 ; J. Meknass, préc, p. 134.

¹³³⁰ Sur ce point, la Cour de cassation a précisé que « une société reste engagée par la délégation de pouvoirs faite par un président du conseil d'administration agissant au nom et pour le compte de la société, et non en son nom personnel, à un préposé de celle-ci, malgré le changement de président du conseil d'administration, tant que cette délégation n'a pas été révoquée » (Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13032, Bull. 2005, IV, n° 64, p. 68).

¹³³¹ Cass. crim., 20 juill. 2011, n° 10-87348, RJDA 2012, n° 135.

¹³³² A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento sociétés commerciales, préc, n° 13620.

B. La responsabilité des dirigeants

435. La responsabilité d'un dirigeant est l'obligation de répondre de son comportement. Une fois qu'il manque à ses obligations ou commet des agissements illicites, il se voit engager sa responsabilité. En principe, la responsabilité du dirigeant en droit français est proche de celle en droit syrien, mais les deux régimes ne partagent pas tous les détails. On parle en droit français (1°) d'une responsabilité civile et pénale alors qu'en droit syrien (2°) on opte pour la responsabilité solidaire et individuelle : la division de la responsabilité change. Il faut en effet établir une distinction.

1° En droit français

436. En droit commun, on distingue entre deux formes de responsabilités : la responsabilité civile (a) et la responsabilité pénale (b).

a) La responsabilité civile

437. En droit français, la responsabilité civile du dirigeant varie selon les circonstances. Elle est retenue dès lors que le dirigeant cause un préjudice à l'égard de la société ou à un ou plusieurs associés à l'issue de ses actes constitutifs d'une faute. A ce stade, le dirigeant est réputé responsable, soit des manquements aux dispositions légales et réglementaires applicables aux sociétés¹³³³, soit de la violation des statuts¹³³⁴ ou bien de sa faute de gestion¹³³⁵. Il appartient à la victime de démontrer la faute du dirigeant, les dommages et le

¹³³³ Pour la SARL (art. L. 223-22, C. com.), pour la SA (art. L. 225-251, C. com.) et pour la SAS (art. L. 227-8, C. com.).

¹³³⁴ Tel est le cas de l'existence d'une clause statutaire limitant le pouvoir du dirigeant.

¹³³⁵ Le comportement du dirigeant est jugé fautif lorsqu'il n'est pas conforme à l'intérêt de la société. La faute de gestion peut également résulter de la simple négligence ou imprudence (F. François, E. De Frondeville et A.

lien de causalité entre les deux. Lorsque la société subit un préjudice causé par la faute du dirigeant, cela donne naissance à l'action sociale appelant l'*action sociale ut universi*. Cette action doit être exercée par les représentants légaux de la société¹³³⁶. L'action sociale peut également être intentée par un ou plusieurs associés agissant à la place des représentants légaux de la société¹³³⁷. Là, on parle de l'*action sociale ut singuli*. En revanche, lorsque le préjudice a été subi personnellement par un associé, cela donne lieu à une action individuelle¹³³⁸. La Cour de cassation¹³³⁹ considère qu'il est irrecevable l'action individuelle intentée par les actionnaires contre les dirigeants de la société absorbée pour fautes de gestion de ces derniers. Les actionnaires n'avaient pas justifié un préjudice personnel distinct du préjudice social. En effet, le préjudice subi par les actionnaires n'étant que le corollaire du dommage causé à la société absorbante, n'avait aucun caractère personnel¹³⁴⁰. Cela signifie que si les actionnaires avaient exercé une action *ut singuli* pour réparer le préjudice social, leur demande aurait pu être admise. Lorsque la faute peut être imputée à plusieurs dirigeants, ceux-ci deviennent solidairement responsables envers la société ou les associés¹³⁴¹. Si la faute est imputée à un seul dirigeant, il s'engage individuellement sa responsabilité. L'action en responsabilité, qu'elle soit sociale ou individuelle, se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation¹³⁴². Mais, le dirigeant engage-t-il uniquement sa responsabilité envers la société et les associés. En d'autres termes, est-ce que le dirigeant engage sa responsabilité envers les tiers ? Si la réponse est positive, quand est-ce qu'il engage cette responsabilité ?

Marlange, Dirigeant de société, préc, n° 43.17, p. 300).

¹³³⁶ Lorsqu'un seul dirigeant est impliqué, l'action sociale est intentée au nom de la société par les autres dirigeants (v. par exemple, Cass. com., 11 oct. 1988, Bull. Joly Soc. 1988, n° 300, p. 925, obs. P. Le Cannu). Si tous les dirigeants sont en cause, l'action sera exercée, après révocation ou démission des dirigeants fautifs, par les nouveaux dirigeants contre les anciens (Cass. com., 7 déc. 1982, Bull. civ. IV, n° 403, p. 336).

¹³³⁷ Si on est en présence d'une SARL, les associés doivent disposer de dixième du capital (art. R. 223-31, C. com.). Dans les SA, les actionnaires, pour pouvoir intenter cette action, doivent représenter au moins le vingtième du capital (art. L. 225-252, C. com.). Cependant, ce pourcentage est réduit lorsque le capital de la SA est supérieur à 750 000 € (art. R. 225-169, C. com.). Pour toutes les sociétés commerciales (art. 1843-5, C. civ.).

¹³³⁸ F. Danos, La réparation du préjudice individuel de l'actionnaire, RJDA 2008, p. 471. Le préjudice subi par l'associé doit être personnel et indépendant de celui étant subi par la société. Pour illustration, voir Cass. com., 8 nov. 2005, Dr. sociétés 2006, n° 41, note H. Lécuyer ; Bull. Joly Soc. 2006, n° 99, p. 502, obs. J.-J. Daigre ; Cass. com., 9 mars 2009, n° 08-21547, Bull. Joly Soc. 2010, n° 109, p. 537, obs. D. Schmidt.

¹³³⁹ Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 879 D ; RJDA 5/97, n° 659.

¹³⁴⁰ Dans le même sens, voir Cass. com. 4 mars 1986, Bull. civ. IV p. 36 n° 42.

¹³⁴¹ Dans ce cas, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage (pour la SARL, art. L. 223-22, al. 2, C. com., pour la SA, art. L. 225-251, al. 2, C. com.).

¹³⁴² Pour la SARL (art. L. 223-23, C. com.) et pour la SA (art. L. 225-254, C. com.). Pour les autres sociétés, en l'absence de dispositions spécifiques, le délai de prescription est, selon les règles de droit commun, de cinq ans (art. 2224, C. civ.). Voir également H. Rumeau-Maillot, Les délais de prescription en droit des sociétés, Rev. sociétés 2012, p. 203.

438. Le dirigeant s'engage sa responsabilité envers les tiers dans le seul fait qu'il commet une faute détachable de ses fonctions et qu'il lui soit personnellement imputable¹³⁴³. Selon la chambre commerciale de la Cour de cassation, il y a faute détachable des fonctions lorsque « le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹³⁴⁴. A défaut d'une faute séparable des fonctions, le tiers ne peut qu'engager la responsabilité de la société qui peut éventuellement retourner vers le dirigeant fautif¹³⁴⁵. Autrement dit, la société reste responsable tant que la faute commise par le dirigeant étant dans l'exercice de ses fonctions¹³⁴⁶. L'action en responsabilité exercée par le tiers se prescrit, comme en cas d'exercice de l'action par la société ou les associés, par trois ans¹³⁴⁷.

La responsabilité des dirigeants ne se limite pas à la responsabilité civile, une responsabilité pénale plus lourde vient peser aux dirigeants fautifs.

¹³⁴³ B. Dondero, Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social, Rec. Dalloz 2003, p. 2636 ; S. Messaï, La responsabilité civile personnelle du dirigeant social à l'égard des tiers, Pet. aff. 2003, n° 223, p. 13 ; B. Le bars, Faute séparable des fonctions du dirigeant de société : la porte demeure ouverte à une analyse extensive, Bull. Joly Soc. 2005, n° 5, p. 599.

¹³⁴⁴ Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, Bull. 2003, IV, n° 84, p. 94; Rev. sociétés 2003, p. 479, note J.-F. Barbière; D. 2003, p. 2623, obs. B. Dondero; Bull. Joly Soc. 2003, p. 786, note H. Le Nabasque. Voir également Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17729 ; Cass. 1^{er} civ., 16 nov. 2004, n° 02-21615, Bull. Joly Soc. 2005, p. 370, note B. Dondero ; Cass. com., 27 sep. 2005, n° 04-11183, Dr. sociétés 2006, note J. Monnet; Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-11020, Bull. Joly Soc. 2006, obs. J.-F. Barbière.

¹³⁴⁵ Il faut souligner que l'action de la société contre son dirigeant n'est pas subordonnée à une obligation de faute détachable de ses fonctions (J.-J. Caussin, F. Deboissy et G. Wicker, Droit des sociétés, JCP E 2006, n° 2035).

¹³⁴⁶ G. Auzero, L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D. 1998, p. 502 ; S. Messaï-Bahri, Nouvelle illustration de l'épineuse question de la responsabilité civile du dirigeant vis-à-vis des tiers et de la faute séparable, Bull. Joly Soc. 2011, n° 5, p. 395.

¹³⁴⁷ Cass. 1^{er} civ., 9 fév. 2012, n° 09-69594, Dr. sociétés 2012, n° 63, note D. Gallois-Cochet ; Cass. com., 23 oct. 1990, Rev. sociétés 1991, p. 538, obs. Y. Chaput.

b) La responsabilité pénale

439. Le Code pénal établit, en principe, la responsabilité de la personne morale dès que le dirigeant agit en sa qualité de représentant¹³⁴⁸. Cependant, cela n'empêche pas de cumuler la responsabilité de la personne et celle du son dirigeant dès que ce dernier commet une infraction¹³⁴⁹. Le dirigeant d'une société n'est donc pas à l'abri de toute condamnation pénale¹³⁵⁰. En droit des sociétés, les infractions que peuvent commettre les dirigeants sont nombreuses¹³⁵¹. Mais, l'infraction la plus courante en pratique est l'abus de biens sociaux. Pour le faire, la loi sur les sociétés commerciales envisage, une peine sévère de cinq ans d'emprisonnement et une amende de 375 000 euros, pour le dirigeant qui fait, de mauvaise foi, des biens ou du crédit de la société, un usage qu'il sait contraire à l'intérêt de celle-ci, à des fins personnelles ou pour favoriser une autre société ou entreprise dans laquelle il est intéressé directement ou indirectement¹³⁵². L'action publique se prescrit pas trois ans qui commence, en principe, à courir du jour où l'infraction a été commise. Cependant, la jurisprudence a exceptionnellement précisé que la prescription de l'abus de biens sociaux, parallèlement à l'abus de confiance, s'écoule « du jour où l'infraction est apparue et a pu être constaté dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique »¹³⁵³.

¹³⁴⁸ Art. 121-2, al. 1^{er}, C. pénal. Dans ce sens, voir aussi Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83466, Bull. crim. 2001, n° 161, p. 504 ; D. 2002, p. 1802, note G. Roujou.

¹³⁴⁹ Art. 121-2, al. 3, C. pén. ; Voir également Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-82823, D. 2010, p. 2135, obs. J.-Y. Maréchal ; P. Pailler, Actualité de la responsabilité des dirigeants : les tendances, préc. ; J.-B. Rozès, L'étendue de la responsabilité pénale des dirigeants, 2 déc. 2011, disponible sur le site www.village-justice.com ; J.-C. Saint-Pau, La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant une personne morale, in mélanges B. Bouloc, D. 2007, p. 1011 ; S. Messaï-Bahri, Responsabilité des dirigeants : faute pénale et faute séparable, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 4, p. 526.

¹³⁵⁰ D. Père, Assemblées houleuses et expulsion d'actionnaires : attention à la responsabilité pénale des dirigeants !, Bull. Joly Sociétés 2004, n° 11, p. 1437.

¹³⁵¹ On peut citer par exemple, la distribution de dividendes fictifs (pour la SA, art. L. 242-6, C. com., pour la SARL, art. L. 241-3, C. com.), l'abus de pouvoir ou de voix (art. L. 242-6, C. com., pour la SARL, art. L. 241-3, C. com.), la présentation ou la publication des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle (pour la SA, art. L. 242-6, C. com., pour la SARL, art. L. 241-4, C. com.)

¹³⁵² Pour la SARL (art. 241-3, C. com.), pour la SA (art. 242-6, C. com.). En revanche, dans les sociétés à risque illimité, il n'y a pas de texte spécifique pour ce délit. De fait, on peut recourir au droit commun qui vise tout gérant qui détourne les fonds sociaux en violant son mandat. Le gérant est suivi pour abus de confiance et risque d'être puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende (art. 314-1, C. pén.). Pour une condamnation d'abus de confiance à l'encontre d'un gérant de SNC, voir Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-81282, Bull. crim., 2002, n° 86, p. 305 ; Rev. sociétés 2002, p. 566, note B. Bouloc.

¹³⁵³ Cass. crim., 6 sep. 2000, Bull. Joly Soc. 2000, n° 19, p. 61, note E. Dezeuze ; Cass. crim., 13 fév. 1989, Rev. sociétés 1989, p. 692, obs. B. Bouloc ; D. N. Commaret, Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législatif d'ensemble, RCS 2004, p. 897. Cela revient à dire que la prescription compte du jour où l'information a été portée à la connaissance du Parquet par un

Plus délicat est la question de la responsabilité pénale des dirigeants en matière de fusion. La responsabilité du dirigeant en droit commun peut-elle être transposée au droit de fusion ? Ainsi, est-ce que le dirigeant peut s'exonérer de sa responsabilité alors que la société dans laquelle il avait commis ses actes délictueux a disparu du fait de la fusion ?

440. En matière de fusion, les dirigeants de la société absorbée peuvent être poursuivis pour d'actes délictueux, notamment abus de biens sociaux, commis, avant la fusion, au préjudice de l'absorbée. Cette poursuite peut être exercée par la société absorbante qui peut se constituer partie civile « pour demander à la juridiction répressive réparation du dommage résultant d'actes délictueux commis au préjudice de la société absorbée par ses dirigeants sociaux »¹³⁵⁴. De la même façon, la Haute juridiction avait admis la demande des associés de la société absorbante de se constituer partie civile pour réparer les dommages qu'ils avaient personnellement subi du fait d'abus de biens sociaux imputés aux dirigeants de l'absorbée¹³⁵⁵. Cependant, quelques années plus tard, la chambre criminelle de la Cour de cassation¹³⁵⁶ a décidé que l'action civile, engagée à titre personnel, pour demander la réparation de la perte de la valeur des titres des associés résultant d'abus de biens sociaux, ne peut pas être recevable. En revanche, la Cour suprême reçoit la demande des associés de la société absorbante lorsqu'elle vise la réparation du préjudice subi par la société absorbée¹³⁵⁷. Elle précise que « la société absorbante est substituée activement et passivement aux droits et obligations de la société absorbée, et qu'en conséquence, les actionnaires de la société Vinci, absorbante, sont recevables sur le fondement de l'article L. 225-252 du Code commerce, à demander réparation du dommage résultant d'actes délictueux qui auraient été commis au préjudice de la société Sogea, absorbée, et ses filiales »¹³⁵⁸. On en conclut que le dirigeant engage toujours sa responsabilité pénale en cas d'absorption de sa société par une autre société. Cette dernière, en sa qualité d'ayant cause à titre universel, ou ses associés peuvent demander la réparation du préjudice subi par l'absorbée. Néanmoins, la règle va-t-elle autrement lorsqu'on est en présence des délégations de pouvoir.

nouveau dirigeant ou un commissaire aux comptes (J.-F. Renucci, *Infractions d'affaires et prescription de l'action publique*, D. 1997, chron. 23).

¹³⁵⁴ Cass. crim., 7 avr. 2004, n° 02-88395 ; RJDA 10/2004, n° 1118.

¹³⁵⁵ Cass. crim., 2 avr. 1998, n° 2193 ; RJDA 8-9/98, n° 987 ; Bull. Joly Sociétés 1998, n° 9, p. 969, note J.-F. Barbiéri.

¹³⁵⁶ Cass. crim., 18 sep. 2002, n° 02-81892 (n° 5072) ; Bull. Joly Sociétés 2003, p. 63.

¹³⁵⁷ S. Benayoun et S. Dubost, *Guide du Responsable comptable, administratif et financier*, n° 480-20 ; B. Boulloc, *L'action civile d'un actionnaire en cas de fusion-absorption de société*, Rev. sociétés 2003, p. 568.

¹³⁵⁸ Cass. crim., 2 avr. 2003, n° 02-82674 (n°2002 F-P+F), Bull. Crim., n° 83 ; Rec. D. 2003, p. 1504.

441. La question de l'exonération de la responsabilité pénale du dirigeant en matière des délégations de pouvoir est délicate. En droit commun, le dirigeant peut s'exonérer de sa responsabilité pénale par le truchement d'une délégation de pouvoirs¹³⁵⁹. Néanmoins, la délégation ne doit pas être faite dans le seul but de transférer la responsabilité pénale du délégant¹³⁶⁰. Cela suppose donc, pour engager la responsabilité du délégataire, que l'infraction soit commise par ce dernier¹³⁶¹. Toutefois, en cas de fusion, la Cour de cassation a décidé autrement. Les Hauts magistrats considèrent que la fusion par absorption de la société dont le dirigeant avait consenti une délégation de pouvoirs à un de ses préposés a pour effet d'entraîner la caducité de cette délégation¹³⁶². Cela signifie que le délégataire devient pénalement irresponsable en raison de la caducité de la délégation de pouvoirs lui est accordée par le dirigeant¹³⁶³. La Cour précise que les juges du fond auraient dû rechercher si la fusion absorption invoquée « qui avait donné lieu à la création d'une société distincte de la précédente et à un changement de dirigeant social, n'avait pas eu pour effet d'entraîner la caducité de la délégation de pouvoirs accordée pour la durée de la responsabilité de M. X... au sein de la société absorbée »¹³⁶⁴. Or, le dirigeant ne peut pas, d'après la Cour de cassation, prétendre l'exonération de sa responsabilité pénale¹³⁶⁵.

¹³⁵⁹ E. Dreyer, les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise, D. 2004, n° 13, p. 937.

¹³⁶⁰ A. Teissier, La validité de délégation. Le choix du délégataire, RJS 2007, p. 551.

¹³⁶¹ H. Mousit, La représentation en droit des sociétés, L'Harmattan, 2013, p. 331. Dans ce cas, le délégant, pour qu'il soit exonéré de sa responsabilité pénale, doit apporter la preuve que ses pouvoirs ont été délégués à une personne disposant de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires (Cass. crim., 15 mars 1993, n° 91-80598, Bull. crim., 1993, n° 112, p. 270 ; Cass. crim., 19 sep. 2007, n° 06-85899, Bull. crim., 2007, n° 215).

¹³⁶² A. Larcena et A. Elineau, Pratiques des délégations de pouvoirs : règles et révolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités, Dr. des sociétés 2012, n° 2, étude 4. En revanche, la Cour de cassation avait, dans une ancienne affaire, censuré l'arrêt des juges du fond d'avoir prononcé la caducité d'une délégation de pouvoirs consentie au salarié en raison du changement d'employeur, alors qu'ils auraient dû « davantage s'expliquer sur les conditions et effets de la délégation de pouvoir invoquée » (Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85889, Bull. crim., 2006, n° 75 ; D. soc. 2007, p. 1057, obs. F. Duquesnes). Selon la doctrine, cette solution « laissait clairement entendre que pour les hauts magistrats, la seule circonstance que l'entreprise avait été transférée ne bloquait pas le jeu de la délégation » (A. Coeuret et E. Fortis, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^e éd. 2012, n° 334, p. 196).

¹³⁶³ En revanche, l'arrêt de la cour d'appel attaqué avait jugé que la délégation de pouvoirs reste valable et la responsabilité du délégataire est engagée.

¹³⁶⁴ Cass. crim., 20 juill. 2011, préc. ; voir N. Ferrier, Le sort de la délégation de pouvoirs en cas de fusion-absorption, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 12, p. 957.

¹³⁶⁵ A. Cerf-Hollender, Le devenir de la délégation de pouvoirs suite à une modification de la situation juridique de l'employeur : transfert ou caducité ?, RSC 2011, p. 850. Cette solution a été critiquée par la doctrine dans la mesure où l'opération de fusion n'a pas nécessairement pour effet de faire disparaître la délégation de pouvoirs consentie dans la société absorbée. Au surplus, cette décision méconnaît la règle de transmission universelle du patrimoine dévolu de la société absorbée à la société absorbante. De ce fait, la délégation de pouvoirs effectuée au nom et pour le compte de la société fait, par l'effet de la transmission universelle du patrimoine, partie du patrimoine transmis à l'absorbante. Finalement, la sécurité juridique doit triompher avec cette solution dès lors qu'elle exige le maintien de délégation jusqu'à une éventuelle révocation des dirigeants de la société absorbante (A. Coeuret et E. Fortis, Droit pénal du travail, préc, n° 335, p. 197 ; D. Gallois-Cochet,

On peut estimer que cette position de la Cour de cassation ne peut pas être étendue à toutes les opérations de fusion emportant une délégation de pouvoir. Les termes de la délégation doivent être pris en considération pour déterminer la responsabilité ou l'exonération du délégataire. Il peut être suggéré que le dirigeant auteur de la délégation litigieuse poursuivrait ses fonctions au sein de la société absorbante et que cette dernière opte pour la reconduction de la délégation. Il faut en conséquence équilibrer entre le fondement de la transmission universelle et les termes de l'acte de délégation. Cette solution pourrait être obtenue au moyen d'une appréciation au cas par cas pour chaque acte de délégation.

La question de la responsabilité du dirigeant en matière de fusion n'a pas eu de solution de doctrine et de jurisprudence en droit syrien. Il faut en effet se référer aux règles générales de cette responsabilité afin de pouvoir envisager de solution.

2° En droit syrien

442. Le législateur syrien envisage deux types de responsabilités à l'égard des dirigeants : la responsabilité solidaire (a) et la responsabilité individuelle (b).

a) La responsabilité solidaire

443. En droit syrien, le mécanisme du mandat reste toujours jugé opportun. En considérant le dirigeant de la société comme mandataire, ce critère demeure le plus répandu sur le plan pratique. En droit commun, la règle générale qui domine en matière du mandat est la suivante : les mandataires sont tenus solidairement envers le mandant¹³⁶⁶. En transposant

Caducité d'une délégation de pouvoirs en cas d'absorption de la société, Dr. des sociétés 2011, n° 12, comm. 219 ; J.-M. Moulin et S. Colliot, La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise, Bull. Joly Sociétés 2012, n° 10, p. 745 ; voir également Lamyline, Fusion-absorption : caducité éventuelle de la délégation de pouvoirs, Liaisons Sociales Quotidien 2011, n° 15921).

¹³⁶⁶ Art. 673-1, C. civ ; J. Mohamadén et H. Dwidar, Les principes du droit commercial, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1992, p. 315.

cette règle au droit des sociétés, les dirigeants sont responsables solidairement envers la société et les associés. La loi sur les sociétés commerciales précise que la responsabilité des dirigeants peut être solidaire et ils sont, dans ce cas, tous tenus envers la société et les associés¹³⁶⁷. De même, le droit des sociétés prévoit que les dirigeants sont solidairement tenus envers la société, les associés et les tiers¹³⁶⁸ lorsqu'ils manquent aux dispositions légales applicables aux sociétés, de la violation des statuts de la société ou des décisions des assemblées générales¹³⁶⁹. Il ajoute que les dirigeants sont réputés solidairement responsables envers la société et les associés de leur faute de gestion¹³⁷⁰. Comme en droit français, la faute commise par les dirigeants donne naissance à l'*action sociale ut universi*¹³⁷¹ qui doit être exercée par les représentants de la société¹³⁷². Faute de quoi, elle peut être intentée par un associé au lieu et à la place de la société, ce qui donne lieu à l'*action sociale ut singuli*¹³⁷³. En parallèle, dans le cas où l'associé subi personnellement un préjudice causé par la faute des dirigeants, cela donne naissance à une action individuelle¹³⁷⁴. L'action en responsabilité, qu'elle soit sociale ou individuelle, se prescrit par trois ans à compter du jour de la réunion de l'assemblée générale où les dirigeants ont présenté leur rapport de gestion¹³⁷⁵. Dans les autres cas, l'action en responsabilité se prescrit par trois ans à compter du fait dommageable¹³⁷⁶ ou, s'il a été dissimulé, de sa révélation.

En cas d'existence d'une faute personnelle imputable au dirigeant, il assume personnellement sa responsabilité envers la société, les associés et les tiers.

¹³⁶⁷ Art. 153-3, C. soc. ; H. Khalil, Les actions en responsabilité contre les membres du conseil d'administration de la société anonyme publique, mémoire soutenu à l'Université Middle East, Jordanie, 2011, p. 71, disponible sur le site www.meu.edu.jo.

¹³⁶⁸ La responsabilité des dirigeants envers les tiers trouve sa source dans l'article 170 du Code civil. Conformément aux dispositions de cet article, en cas d'existence de plusieurs personnes causant un dommage à un autrui, elles sont tenues solidairement à le réparer. Elles partagent la responsabilité sur un pied d'égalité. Voir aussi, A. Almahasneh, La responsabilité civile des membres du conseil d'administration de la société anonyme en droit jordanien, mémoire, Univ. Mutah, Jordanie, 2004, p. 41.

¹³⁶⁹ Art. 69-1, C. soc. (SARL) et art. 153-1, C. soc. (SA).

¹³⁷⁰ Cela veut dire que la jurisprudence et la doctrine syrienne, contrairement à celle du droit français, n'ont pas adopté le critère « la faute détachables des fonctions » pour engager, par le tiers, la responsabilité personnelle du dirigeant fautif. Pour l'engager, il suffit que le dirigeant manque aux dispositions légales et réglementaires applicables aux sociétés ou il viole les statuts de la société ou les décisions des assemblées générales.

¹³⁷¹ Cette action peut avoir lieu lorsque la société subi un préjudice causé par les fautes des dirigeants (M. Alareeni, Les sociétés commerciales, préc, n° 281, p. 281).

¹³⁷² Art. 154-1, C. soc. ; I. Alhussan, L'administration de la société anonyme, éd. Alrozna, Jordanie, 2007, p. 109.

¹³⁷³ V. I. Ramadan, La protection de l'actionnaire dans la société anonyme, La maison du livre juridique, Egypte, 2008, p. 837.

¹³⁷⁴ Art. 76-1 et 120-6, C. soc. Dans ce cas, l'actionnaire doit démontrer la faute du dirigeant, les dommages et le lien de causalité entre les deux : N. Muawed, Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2001, p. 407 et s. ; A. Alaqli, Les sociétés commerciales, préc, p. 303.

¹³⁷⁵ Art. 69-3 et 154-3, C. soc.

¹³⁷⁶ Lorsque la faute des dirigeants résulte de l'obligation de faire ou de ne pas faire.

b) La responsabilité individuelle

444. En principe, les dirigeants sont tenus solidairement envers la société, les associés et les tiers. Faute de quoi, le dirigeant fautif engage individuellement sa responsabilité¹³⁷⁷. Néanmoins, le dirigeant peut s'exonérer de sa responsabilité s'il apporte la preuve qu'il agit conformément aux règles applicables au mandataire rémunéré¹³⁷⁸. Lorsqu'il commette une infraction, il engage, dans ce cas, sa responsabilité pénale. Mais que se passe-t-il lorsque la société qu'il représente perd son existence juridique lors d'une fusion. La doctrine et la jurisprudence n'ont pas eu l'occasion de se pencher sur cette question. Mais on peut estimer que les dirigeants de la société absorbée demeurent tenus d'actes délictueux commis, avant la fusion, au préjudice de celle-ci. Ils peuvent être poursuivis par la société absorbante pour abus de biens sociaux¹³⁷⁹ ou abus de confiance¹³⁸⁰. Cette solution semble logique dans la mesure où la société absorbante est considérée comme ayant cause universel de la société absorbée et est substituée activement et passivement aux droits et obligations de celle-ci¹³⁸¹. Cette poursuite peut être exercée par les associés de la société absorbante pour demander la réparation du préjudice subi par la société absorbée. Ils peuvent également poursuivre les dirigeants de l'absorbée pour réparer les dommages qu'ils avaient personnellement subi du fait de l'infraction imputée à ces derniers.

445. Le dirigeant qui distribue, par exemple, de dividende fictif ou présente ou publie des comptes ne donnant une image fidèle peut être condamné de trois mois à trois ans d'emprisonnement et d'une amende qui ne doit être ni inférieure à 3 00 000 ni supérieure à 3 000 000 L.S¹³⁸². L'action publique se prescrit pas trois ans qui commence à courir du jour où

¹³⁷⁷ Art. 153-3, C. soc.

¹³⁷⁸ Art. 69-2 et 153-4, C. soc. Dans ce cas, la personne morale assume toute seule la responsabilité envers les tiers. Sur le mandat rémunéré, voir I. Alhelssah, Les obligations du mandataire envers le mandant dans le contrat de mandat, mémoire, univ. Jordanie, 1994, p. 5 et s. ; H. Khalil, Les actions en responsabilité contre les membres du conseil d'administration de la société anonyme publique, préc, p. 51 et s.

¹³⁷⁹ Pour la SARL, art. 70, C. soc., pour la SA, art. 152-1, C. soc. En outre, les dirigeants peuvent commettre d'autres infractions, telles la distribution de dividende fictif (art. 203-1, g, C. soc. ; A. Al-lasasmeh et B. Alaoufi, La responsabilité des membres du conseil d'administration, Université de Damas, Rev. Sciences juridique et économiques, 2009, t. 25, n° 1, p. 352), la présentation ou la publication des comptes annuels ne donnant pas une image fidèle (art. 203-1, j, C. soc.) et l'abus de pouvoir (art. 145, C. soc. ; H. Almahi, Les sociétés commerciales, 2^e éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2001, p. 328 et s.),

¹³⁸⁰ Art. 203-5, a, C. soc. ; art. 656, C. pén. ; Y. Saleh, Le régime juridique du conseil d'administration de la société anonyme, mémoire, Univ. Jordanie, 2001, p. 184.

¹³⁸¹ Art. 222, C. soc.

¹³⁸² Art. 203-1, C. soc. À noter que le sigle « L.S » désigne livre syrien : la devise de la Syrie.

l'infraction a été commise¹³⁸³. Le dirigeant ne peut pas s'exonérer de sa responsabilité pénale que s'il démontre qu'il agissait conformément aux règles applicables au mandat rémunéré. Au regard des règles applicables au mandat, lorsque le mandataire consent de délégation de pouvoir au sous-mandataire sans l'autorisation du mandant, le mandataire et le sous-mandataire sont solidairement responsable envers le mandant¹³⁸⁴. Si la délégation de pouvoir a été autorisée par le mandant, le mandataire n'est responsable que du fait de choisir son sous-mandataire ou des instructions données à ce dernier¹³⁸⁵. En revanche, la loi sur les sociétés commerciales interdit au dirigeant de déléguer ses pouvoirs sans l'autorisation de l'assemblée générale¹³⁸⁶. Cela revient à dire que le dirigeant fautif ne peut pas être exonéré de sa responsabilité lorsqu'il consent de délégation de pouvoir à un de ses préposés.

446. Conclusion de section I. Dans cette section, il a été établi que le statut des dirigeants est affecté par l'opération de fusion. Cela a été évident plutôt en droit français que le droit syrien. Leur nombre au sein de la société bénéficiaire de l'opération peut dépasser le plafond fixé en droit commun. Mais cette solution a été réservée pour les fusions effectuées entre les sociétés anonymes. On peut souhaiter que cette solution serait étendue aux sociétés de capitaux auxquelles le Code de commerce a appliqué plusieurs dispositions relatives à la SA. On espère également qu'une telle solution soit adoptée par le Code des sociétés syrien. Ainsi, il a été démontré que la responsabilité, qu'elle soit civile ou pénale, des dirigeants ne disparaît pas du fait de l'absorption de leur société. La Cour de cassation française confirme que la société absorbante peut agir pour demander la réparation du préjudice subi par la société absorbée du fait des actes délictueux commis par les dirigeants de cette dernière. Cette solution doit être retenue en droit syrien car elle est conforme à l'esprit de la transmission universelle de patrimoine.

Plus important maintenant est la question des droits des associés qui peuvent être en péril à cause de la disparition de leur société. Les techniques de protection utilisées en droit français en faveur des associés en matière de fusion sont, contrairement au droit syrien, diverses. Il est donc opportun d'envisager les effets de celles-ci sur la situation des associés.

¹³⁸³ Art. 438, (CPP) Code de procédure pénale.

¹³⁸⁴ Art. 674-1, C. civ.; A. Abdellah, Le mandataire peut-il mandater un sous-mandataire dans l'exécution du mandat ?, Rev. Alqabas, 25 déc. 2013, disponible sur le site www.alqabas.com.kw.

¹³⁸⁵ Art. 674-2, C. civ.

¹³⁸⁶ Art. 67-8, C. soc.

Section II. Les effets de la fusion sur la situation des associés

447. La réalisation d'une fusion a des conséquences importantes aussi sur les sociétés parties que sur les associés de celles-ci. Les associés sont protégés lors de la disparition de leur société : la fusion n'a pas pour effet de priver ceux-ci de leur qualité d'associés ainsi que les droits y attachés. Le droit français a assuré une grande importance à cette question en permettant aux associés de la société appelée à disparaître de conserver cette qualité dans la société bénéficiaire de la fusion. Les droits des associés sont en effet particulièrement protégés en droit français (§I), ce n'est pas le cas du droit syrien. Dans ce dernier, la protection de ceux-ci est insuffisante car le régime de fusion demeure faible quant aux effets de l'opération à l'égard des associés (§II).

§I. Une protection renforcée des associés en droit français

448. En droit français, pour étudier les effets de la fusion sur les associés, il paraît indispensable de distinguer entre la situation résultant de l'émission de nouveaux titres (A.) par la société bénéficiaire dans le but de rémunérer les apports faits par les associés de la société disparue, et celle qui concerne la protection de certains titres conférant des droits particuliers ou privilèges au sein de la société absorbée (B.).

A. La rémunération des apports effectués par les associés

449. La rémunération des apports effectués au profit des associés de la société absorbée est considérée comme une conséquence essentielle découlant de la réalisation de l'opération de fusion. En principe, la rémunération de ces apports se fait par l'attribution de parts sociales ou des actions émises à cet effet. Il convient donc d'exposer le droit des associés de recevoir la contrepartie de leur participation chez la société absorbée (1°), avant d'envisager la mise en

œuvre du transfert de leurs nouveaux titres (2°).

1° Le droit des associés de recevoir la contrepartie de leur participation au sein de la société apporteuse

450. Le législateur français instaure une protection des droits des associés de la société dissoute sans liquidation du fait de la fusion. Lorsque l'opération de fusion se réalise d'une manière définitive, les associés de la société qui disparaît acquièrent la qualité d'associés de la société bénéficiaire dans les conditions fixées par le contrat de fusion¹³⁸⁷. De même, ils reçoivent de nouveaux titres émis par la société absorbante pour rémunérer leurs apports effectués au sein de la société absorbée. En effet, le régime de fusion en droit français se distingue, d'une part, par un échange de droits sociaux (a) au profit des associés de la société amenée à disparaître. D'autre part, un autre mode de rémunération vient s'ajouter comme complément de droits sociaux : c'est le versement d'une soulte en espèces (b).

a) L'échange des droits sociaux

451. En matière de fusion, l'attribution de titres de la société bénéficiaire aux associés de la société qui transmet son patrimoine résulte du troisième alinéa de l'article L. 236-1 du Code de commerce qui prévoit que « les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trois alinéas précédents reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires ... ». Cette attribution se justifie par le fait que les apports transmis par la société qui disparaît au profit de la société bénéficiaire, du fait de la fusion, sont rémunérés par l'émission de droits sociaux attribués à la société absorbée. Mais cette dernière a disparu à la suite de la même opération réalisée de manière définitive¹³⁸⁸,

¹³⁸⁷ Art. L. 236-3-I, C. com.

¹³⁸⁸ Il faut souligner que toute cession de parts, d'actions, ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption est nulle pour défaut d'objet (Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691, Bull. 2009, IV, n° 71 ; Bull. Joly Sociétés 2009, n° 11, p. 998, note X. Vamparys).

l'attribution de parts et actions à une société qui n'existe plus est donc inconcevable. Par conséquent, l'attribution se réalise directement aux associés de la société absorbée en leur qualité d'ayants droit¹³⁸⁹. Cette solution s'explique, en conséquence, pour la société bénéficiaire de l'apport par l'augmentation du capital.

452. Dans ce cas, la question se pose de savoir si les titres auto-détenus, que la société absorbante détient dans son propre capital avant l'opération de fusion, peuvent être faire l'objet d'une répartition aux associés de la société absorbée¹³⁹⁰. En fait, l'administration fiscale a répondu à cette question en précisant que, selon l'article 210-0 A du CGI, les titres de la société bénéficiaire attribués aux associés de la société disparue peuvent résulter soit d'une augmentation de capital de la société réceptrice, soit de la répartition d'actions auto-détenues par cette dernière¹³⁹¹. Toutefois, on remarque que les dispositions de l'article 210-0 A du CGI visent d'une manière générale « les titres de la société absorbante » et ne font aucune distinction. On en déduit que l'attribution de titres auto-détenus n'est ni interdite, ni autorisée. En revanche, la solution est plus claire en droit des sociétés qui précise qu'il ne sera pas procédé à l'échange de parts ou d'actions de la société bénéficiaire des apports contre des droits sociaux de la société disparue lorsque, d'une part, ces titres sont détenus par la société bénéficiaire de l'apport ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société bénéficiaire¹³⁹². Pour ce faire, le Code de commerce consacre la technique de la fusion-renonciation qui consiste à limiter l'augmentation du capital de la société absorbante et à émettre le nombre de titres nécessaires pour la rémunération des associés de la société qui disparaît, autre qu'elle-même. Donc, l'absorbante renonce à émettre les titres qu'ils devaient lui revenir en tant qu'associé de l'absorbée.

453. Par ailleurs, si la société qui détient ses propres actions est absorbée, la question doit être envisagée si les titres détenus par cette société sont compris dans le cadre d'échange avec les parts et actions de la société absorbante. Le Code de commerce apporte une réponse

¹³⁸⁹ Il faut rappeler que les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante sous réserve du respect seuils légaux prévus par la loi, tel est le cas de dispositions de l'article L. 223-3 du Code de commerce. Cet article interdit à une SARL d'avoir plus de cent associés dans la société absorbante. Si le nombre des associés de l'absorbante dépasse ce plafond, celle-ci doit régulariser sa situation. A défaut, elle se trouve automatiquement dissoute. (J.-M. Moulin, *Droit des sociétés et des groupes*, préc ; M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, n° 451, p. 100).

¹³⁹⁰ A. Couret, *La remise en échange de titres auto détenus par l'absorbante dans le cadre d'une fusion : Actes prat. ing. sociétaire* 1998, p. 4

¹³⁹¹ Voir l'instruction de l'administration du 25 octobre 2002, 4 I-2-02, n° 16 à 18.

¹³⁹² Art. L. 236-3, II, 1°, C. com.; voir M. Jeantin, *Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés*, La Semaine Juridique Entreprise et Aff., n° 17, 1988, 15169.

négalive à cette question en prévoyant que l'échange n'aura lieu lorsque les parts ou actions de la société absorbée sont détenus par cette société ou par une personne agissant en son propre nom mais pour le compte de cette société absorbée¹³⁹³. Dans ce cas, la société absorbante reçoit ses propres actions et procède ensuite à leur cession ou annulation¹³⁹⁴. La loi sur les sociétés commerciales précise que cet autocontrôle est limité à 10 % du capital de la société absorbante. En effet, au-delà de ce seuil, les actions doivent être cédées dans un délai de deux ans à compter de la date d'acquisition. A l'expiration de ce délai, les actions se trouvent annulées¹³⁹⁵.

454. Lorsqu'il y a une participation réciproque entre la société absorbante et absorbée, on applique les deux solutions qui viennent d'être exposées. En d'autres termes, on combine la technique de fusion-renonciation et la réduction du capital de l'absorbante à concurrence de titres détenus par l'absorbée. Dans un premier temps, l'absorbante procède à la technique de fusion-renonciation, conformément aux dispositions de l'article L. 236-II du Code de commerce, afin de neutraliser les effets de sa participation dans l'absorbée. Ensuite, elle procédera, dans un second lieu, à l'augmentation de son capital suivie d'une réduction de celui-ci pour éviter que l'absorbante ne devienne pas propriétaire de ses propres titres.

Se relève des problèmes la question de la situation des associés de la société absorbée lorsque celle-ci est absorbée par une société filiale appartenant à un groupe de sociétés.

455. Les associés de la société absorbée ne reçoivent pas des droits sociaux de la société absorbante en cas de la fusion triangulaire. Dans ce cas de figure, il faut distinguer entre la fusion triangulaire simple et la fusion triangulaire inversée ou à l'envers. Dans la première hypothèse, la société absorbée a fusionné avec une société qui appartient à un groupe. La société absorbée est donc une société extérieure au groupe et n'y fait pas partie. Les associés ou actionnaires de la société absorbée ne deviennent pas associés de la société absorbante. Mais ils se retrouvent associés d'une société de groupe dont la société absorbante fait partie¹³⁹⁶. Cette société du groupe peut être la société mère directe de l'absorbante, la société tête du groupe ou une société membre du groupe. La fusion triangulaire simple s'agit donc d'une fusion classique, c'est juste que les actionnaires de l'absorbée reçoivent, contrairement

¹³⁹³ Voir M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, n° 460, p. 104.

¹³⁹⁴ P. Le Cannu et B. Dondéro, Droit des sociétés, préc, n° 1646, p. 1015.

¹³⁹⁵ Art. L. 225-13, al. 2, C. com.

¹³⁹⁶ S. Heliot et X. Legendre « Acquisitions de sociétés américaines par des sociétés françaises : la forward triangular merger en droit français », Dr. sociétés, Act. prat., 2006, comm. n° 6, p. 2.

à la fusion bilatérale, leurs titres non pas de l'absorbante, mais d'une autre société du groupe, normalement la société tête du groupe¹³⁹⁷. Autrement formulé, les actionnaires de l'absorbée se voient remettre des titres de la société mère de la société absorbante¹³⁹⁸. En conséquence, l'absorption de la société qui disparaît n'est pas rémunérée par des parts et actions de la société absorbante, le rapport d'échange s'apprécie entre l'absorbée et la société du groupe dont les droits sociaux sont remis en échange de la fusion.

456. Quant à la fusion triangulaire renversée, la fusion est effectuée entre une société absorbante extérieure au groupe et une société absorbée membre du groupe. La société absorbée transmet la totalité de son patrimoine à l'absorbante dont le capital est porté à zéro. Les actions de l'absorbante sont en effet annulées en contrepartie d'une remise d'actions de la société mère ou tête du groupe¹³⁹⁹. Les associés ou actionnaires de l'absorbée, y compris les sociétés du groupe, se retrouvent actionnaires de l'absorbante qui devient, dans la même proportion que l'était l'absorbée, une société du groupe. Les anciens actionnaires de l'absorbante reçoivent en contrepartie des droits sociaux nouveaux ou existants de la société mère directe de la société absorbée, d'une société du groupe ou de la société tête du groupe. En effet, le rapport d'échange ne s'apprécie pas entre l'absorbée et l'absorbante mais entre les titres de l'absorbante et ceux de la société mère ou tête du groupe qui sont remis en échange de l'opération¹⁴⁰⁰. La société absorbante devient donc la filiale de la société mère ou tête du groupe sans que sa personne morale disparaisse et sans que son patrimoine soit transmis.

Pour conclure, dans la fusion bilatérale ou classique, les associés de la société absorbée deviennent associés de la société absorbante, alors que dans la fusion triangulaire, les associés de la société absorbée se retrouvent associés de la société du groupe dont la société absorbante fait partie.

Les associés de la société appelée à disparaître ne reçoivent pas uniquement des parts et actions de la société bénéficiaire de l'opération de fusion. Ils reçoivent en plus une soulte en espèce versée, en complément de droits sociaux échangés, par celle-ci. C'est là que le droit français se distingue du droit syrien.

¹³⁹⁷ F. Barrière, La fusion-filialisation, *Rev. sociétés* 2013, p. 667.

¹³⁹⁸ J.-M. Moulin, *Le droit de l'ingénierie financière*, préc., n° 714.

¹³⁹⁹ D. Martin et B. Prat, *Etude comparative des différentes modalités de rapprochements transfrontaliers*, *Cahiers de droit de l'entreprise* n° 6, nov. 2011, dossier 37 ; F. Barrière, *La fusion-filialisation*, préc.

¹⁴⁰⁰ Ph. Derouin, *Les fusions triangulaires de sociétés*, préc.

b) Le versement d'une soulte en espèces

457. A priori, l'augmentation du capital qui résulte de la réalisation d'une opération de fusion, peut permettre l'apparition des éventuels rompus représentant la différence entre la valeur nominale d'une action nouvelle et celle d'une action ancienne. Les actionnaires qui ont des rompus peuvent les céder à d'autres actionnaires. L'assemblée générale extraordinaire peut également décider de racheter ces actions en vue d'éliminer les rompus. Ce mode de rachat est peu utilisé en pratique depuis que la loi sur les sociétés commerciales a autorisé, en complément de l'échange de titres, le mécanisme du versement d'une soulte en espèces¹⁴⁰¹. L'opération de fusion peut donc être effectuée par un échange et, en complément, par le versement d'une soulte en espèces. C'est un avantage particulier du droit français qui n'a pas d'équivalent en droit syrien. L'article L. 236-1 du Code de commerce précise que les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations de fusion reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires et, éventuellement, une soulte en espèces dont le montant ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées¹⁴⁰². Cette possibilité permet d'éviter les problématiques surgissant de l'existence de rompus¹⁴⁰³. En effet, le versement d'une soulte aux associés de la société absorbée a pour objectif de faciliter la détermination de la parité et, ainsi, d'éviter la création de rompus. Cette soulte ne vise pas à indemniser les rompus nés par la création mais à faciliter la fixation des parités¹⁴⁰⁴.

458. Cette pratique trouve son origine dans l'article 301 F de l'annexe II du Code général des impôts¹⁴⁰⁵. Cette solution a été aussi transposée par l'article L. 236-1 du Code de commerce qui s'applique à toutes les sociétés commerciales. Ainsi, cette règle est, par analogie, applicable aux fusions de sociétés civiles car aucune raison ne peut justifier une solution différente¹⁴⁰⁶. Le montant de la soulte attribué aux associés ou actionnaires de la

¹⁴⁰¹ Cette possibilité a été également envisagée en droit européen dans l'article 2, point 2), de la directive 2005/56/CE.

¹⁴⁰² Art. L. 236-1, al. 4, C. com.

¹⁴⁰³ J.-M. Moulin, *Droit des sociétés et des groupes*, préc.

¹⁴⁰⁴ G. Olivier, *Le remboursement d'un rompu à un associé d'une SCPI peut-il être assimilé à une soulte?*, *Bulletin Joly Sociétés*, 2010, n° 10, p. 850.

¹⁴⁰⁵ Cet article prévoit que les apports dans les opérations de fusion « doivent être rémunérés par l'attribution de droits représentatifs du capital de la société bénéficiaire. Toutefois, ils peuvent faire l'objet de règlements sous une autre forme dans la limite de 10 % de la valeur nominale des droits attribués ».

¹⁴⁰⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc., n° 797, p. 340.

société absorbée ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées. S'il dépasse ce seuil de 10 %, l'opération ne peut être considérée comme une fusion au sens de l'article L. 236-1 du Code de commerce¹⁴⁰⁷. Il en résulte que la disparition de la personnalité morale des sociétés absorbées pourrait être remise en cause et, notamment, la perte du statut fiscal des fusions.

Par conséquent, la question se pose de savoir comment la société bénéficiaire de l'opération de fusion procède à la remise des droits sociaux aux associés de la société absorbée en échange de leurs titres dans cette dernière.

2° La mise en œuvre de nouveaux droits sociaux

459. Traditionnellement, on se demande si le principe selon lequel les actions d'apport en nature chez la société anonyme, ne peuvent immédiatement être négociables, doit s'appliquer en matière de fusion. En droit des sociétés, les actions n'ont pas le caractère négociable qu'après l'immatriculation de la société au registre du commerce et des sociétés. Dans le cadre d'augmentation du capital, les actions ne sont négociables qu'à partir de la réalisation de cette opération¹⁴⁰⁸. En l'absence de dispositions particulières en droit des fusions, la règle du droit commun est transposée aux opérations de fusion. Il en résulte qu'en cas de fusion-absorption, puisque cette opération emporte une augmentation de capital de la société absorbante, les actions émises pour rémunérer l'apport-fusion sont négociables après la réalisation définitive de celle-ci¹⁴⁰⁹. En cas de fusion par création de société nouvelle, les actions d'apport auront le caractère négociable après l'inscription de la société nouvelle issue du fait de la fusion, au registre du commerce et des sociétés.

460. La question ne présente aujourd'hui aucun d'intérêt que dans le cadre des

¹⁴⁰⁷ En revanche, la directive 2005/56/CE a adopté une solution différente. Elle permet le versement d'une soulte dépassant 10 % de la valeur nominale ou, à défaut, du pair comptable de titres représentatifs le capital de la société issue de la fusion transfrontalière, lorsque la législation interne d'un Etat membre l'autorise (art. 3, §1, de la directive). Cette possibilité a été introduite en droit français dans l'article L. 236-26 du Code de commerce ; voir également C. Cathiard et A.-S. Poirier, *Fusion transfrontalière*, préc, n° 38 ; D. Lencou et M. Menjucq, *Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes !*, D. 2009, p. 886.

¹⁴⁰⁸ Art. L. 228-10, al. 1^{er}, C. com.

¹⁴⁰⁹ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, préc, n° 1979.

opérations de fusion réalisées entre des sociétés anonymes, c'est-à-dire, le cas de la réalisation d'échange de droits sociaux de la société apporteuse contre ceux de la société réceptrice des apports. La question se pose ici en raison de l'existence de dispositions particulières relatives à la dématérialisation de valeurs mobilières. La problématique ne se pose pas en dehors de cette hypothèse, puisqu'il suffit de procéder à la création matérielle des titres correspondant au montant de l'augmentation du capital effectuée¹⁴¹⁰. Au sein de sociétés anonymes, la création de nouveaux titres se fait par une inscription en compte, cette inscription aura lieu dès lors que l'assemblée générale extraordinaire de la société bénéficiaire se réunit. La transmission des titres inscrits en compte s'effectue par un simple virement d'un compte à compte¹⁴¹¹ ; grâce au caractère dématérialisé des valeurs mobilières, la gestion des comptes est devenue moins coûteuse que celle de titres-papier. L'article L. 228-1, alinéa 6 du Code de commerce dispose que « ces valeurs mobilières, quelle que soit leur forme, doivent être inscrites en compte au nom de leur propriétaire ». Or, la question se pose de savoir comment s'effectue le transfert de valeurs mobilières de la société absorbante aux actionnaires de la société absorbée. Le cahier des charges¹⁴¹² des teneurs de comptes d'instruments financiers français non admis aux opérations d'un dépositaire central émanant du CFNOB¹⁴¹³ a envisagé une mesure qu'il convient de la respecter pour éviter toute difficulté ultérieure. Il est donc conseillé de suivre cette mesure par la société absorbante lorsqu'elle est soumise au système de tenue de compte de valeurs mobilières. Le cahier des charges a inséré dans cette procédure quatre étapes essentielles¹⁴¹⁴.

461. Il appartient, tout d'abord, à la société bénéficiaire de prendre en charge tous les comptes d'actionnaires de la société dissoute, les titulaires de ces comptes doivent être informés de l'opération de la fusion. Lorsque le transfert a lieu, la société réceptrice doit inscrire au compte de chacun des actionnaires de la société apporteuse le nombre d'actions auquel il a droit par rapport à la parité d'échange qui a été employée. Dans le cadre général de tenue de comptes, ces inscriptions sont matérialisées par une écriture au journal général.

¹⁴¹⁰ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc., n° 1011, p. 442.

¹⁴¹¹ Art. L. 228-1, al. 9, C. com.

¹⁴¹² Le cahier est inséré dans le document du juillet 2008 qui a annulé et remplacé le cahier des charges a été établi par la direction du Trésor 29 février 1984 et, ensuite, adressé à l'ANSA par simple lettre (Bull. ANSA, 1984, n° 185, p. 13, spéc. n° 4).

¹⁴¹³ Le Comité français d'organisation et normalisation bancaire est un organisme professionnel qui a pour mission d'étudier et de résoudre les problèmes techniques concernant le secteur bancaire.

¹⁴¹⁴ Il faut souligner que le cahier des charges propose seulement aux sociétés un modèle pour la tenue de leurs comptes de titres ; il n'a donc aucun caractère obligatoire dès lors qu'il ne résulte pas d'une loi, décret ou arrêté. Dans le même sens, voir la réponse sur le cahier des charges des émetteurs de comptes de valeurs mobilières non admises en S.I.C.O.V.A.M. (Rép. Neuwirth : Sénat 28 août 1986, p. 1232 n° 01986).

Ainsi, pour des raisons de sécurité juridique, il convient d'inscrire ces opérations au registre paraphé de la société¹⁴¹⁵. Après avoir informé les titulaires des titres en nominatif pur de l'accomplissement de ces différentes écritures, il leur sera adressé une attestation d'inscription correspondant aux titres qui leur ont été distribués. Au surplus, la société bénéficiaire doit solliciter aux actionnaires de la société disparue les instructions concernant les rompus non échangés. Lorsque les actions sont inscrites en nominatif administré, un ordre de mouvement global doit être émis au profit des actionnaires de la société apporteuse, qui s'accompagne d'un document expliquant que cet ordre doit être exécuté, ce qui amène, ensuite, à fournir la grille d'attribution des actions nouvellement émises entre les anciens actionnaires de la société disparue. Comme dans le cas d'actions au nominatif pur, la société bénéficiaire doit demander aux actionnaires de la société absorbée leurs instructions relatives aux rompus non échangés¹⁴¹⁶.

462. Enfin, les actions qui restent à attribuer du fait de la réception, par la société absorbante, de l'ensemble des instructions quant au sort des rompus, elles seront inscrites aux comptes des divers actionnaires. Une nouvelle attestation d'inscription leur sera envoyée dans l'hypothèse du nominatif pur, un nouvel ordre global sera émis dans la situation du nominatif administré. Cependant, il peut arriver que certains porteurs négligents ou mal informés ne présentent pas leurs actions à l'échange¹⁴¹⁷. Dans ce cas, on s'interroge sur le sort devant être réservé aux rompus pour lesquels la société absorbante n'a pas reçu aucune instruction. Dans cette hypothèse, le cahier des charges n'a apporté aucune solution. Pour cela, il convient de procéder selon le processus prévu à l'article L. 228-6 du Code de commerce. Il en résulte qu'il doit procéder à la mise en vente des rompus selon une procédure définie par décret¹⁴¹⁸. Cette procédure doit être précédée d'une mesure de publicité consistant à insérer un avis dans un journal financier à grand tirage. Cet avis a pour objectif de mettre en demeure les actionnaires de faire valoir leurs droits pendant un délai de deux ans et les informant que la société envisagera de procéder à la vente des rompus à l'expiration de cette période¹⁴¹⁹. Cette procédure relève de la compétence du conseil d'administration, du directoire ou des

¹⁴¹⁵ A. Chavériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 84061.

¹⁴¹⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 1011, p. 442 et 443.

¹⁴¹⁷ A. Chavériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 84061.

¹⁴¹⁸ M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc, n° 452, p. 100.

¹⁴¹⁹ Art. R. 228-11, al. 1^{er}, C. com. Ce même avis informe les ayants droit que la société tiendra le produit net de la vente des titres à leur disposition pendant dix ans à un compte bloqué dans un établissement de crédit (art. R. 228-11, al. 2, C. com.).

gérants¹⁴²⁰. Si les actions étaient cotées, la vente aura lieu sur le marché boursier. À défaut, la vente s'effectuera aux enchères publiques¹⁴²¹.

Les conséquences qu'elle produit la fusion à l'égard des associés en cause ne concernent pas seulement l'émission de nouveaux droits sociaux pour rémunérer les apports effectués par ceux-ci de la société absorbée. L'opération de fusion nécessite également la protection de certains droits spécifiques détenus par les associés de l'absorbée.

B. La protection nécessaire de certains titres particuliers existant au sein de la société absorbée

463. Au sein de la société absorbée, il peut exister certains titres donnant des droits spécifiques ou privilèges à leurs titulaires. Dans les sociétés par actions, ces privilèges se traduisent soit par des avantages politiques, soit par des avantages financiers par rapport aux actions ordinaires. Il faut donc préciser le sort qui est réservé aux titulaires de ces titres dans le cadre de la fusion. Ces titres se représentent par les actions de préférence (1°), les actions à droit de vote double (2°) et les actions à dividende prioritaire sans droit de vote (3°). Ces titres auront disparu du fait de la fusion, mais il est possible de les rencontrer dans le patrimoine de la société réceptrice.

¹⁴²⁰ Art. L. 228-6, al. 1^{er}, C. com.

¹⁴²¹ Les adjudications publiques volontaires ou forcées de titres financiers sont faites, si ces titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé, par les prestataires de services d'investissement membres du marché réglementé où ces titres sont négociés et, dans le cas contraire, par un prestataire de services d'investissement ou par un notaire (art. L. 211-21, al. 1^{er}, C. mon. et fin., sur renvoi de l'art. R. 228-12, C. com.).

1° Le sort des actions de préférence

464. Ce type d'actions a été créé par l'ordonnance n°2004-604 du 24 juin 2004 unifiant le régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales¹⁴²². Ces actions confèrent à leurs titulaires des avantages que ne donnent pas les actions ordinaires, il s'agit de droits pécuniaires, tels que l'attribution d'un dividende prioritaire, et politiques, tels que le droit de veto sur certaines décisions. Les actions de préférence peuvent être créées dès la constitution de la société ou en cours de sa vie sociale¹⁴²³ notamment en cas de procéder à l'augmentation du capital pour faciliter la réussite de l'opération. De même, la création des actions de préférence peut également résulter de la conversion d'actions ordinaires¹⁴²⁴. Cette décision relève de la seule compétence de l'assemblée générale extraordinaire au vu d'un rapport spécial des commissaires aux comptes¹⁴²⁵. La création des actions de préférence est favorable dans le cadre des groupes de sociétés¹⁴²⁶. Les titulaires des actions de préférence doivent se réunir en assemblée spéciale statuant sur certaines opérations qui peuvent porter atteinte aux droits des titulaires de ces actions. En effet, en cas de modification des droits attachés aux actions de préférence par l'assemblée au cours de la vie sociale de la société, cette décision ne sera définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des porteurs des actions de préférence¹⁴²⁷. De ce fait, les titulaires de ce type d'actions peuvent-ils se prévaloir de cette protection en cas de disparition de leur société lors d'une fusion ? Ces titulaires peuvent-ils bénéficier de telle protection pour empêcher la réalisation de la fusion ?

465. La réponse à cette question ne nous semble pas assez compliquée. L'article L. 228-17 du Code de commerce prévoit que les actions de préférence peuvent être échangées contre des actions des sociétés bénéficiaires de la transmission du patrimoine comprenant des droits particuliers équivalents, ou selon une parité d'échange spécifique, tenant compte des droits particuliers abandonnés. En l'absence d'échange contre des actions donnant des droits particuliers équivalents, la fusion est soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale prévue à l'article L. 225-99 du Code de commerce¹⁴²⁸. Cet article, dans sa nouvelle rédaction

¹⁴²² Cette ordonnance est publiée au JO du 26 juin 2004.

¹⁴²³ Art. L. 228-11, al. 1^{er}, C. com.

¹⁴²⁴ Voir les articles L. 228-15, alinéa 2 et R. 228-18 du Code de commerce.

¹⁴²⁵ Les articles L. 228-12 et L. R. 225-115 du Code de commerce.

¹⁴²⁶ H. Le Nabasque, Les actions de préférence de groupe, Bull. Joly 2006, n° 271, p. 1297.

¹⁴²⁷ V. art. L. 225-99 du Code de commerce.

¹⁴²⁸ J. Mestre, La réforme des valeurs mobilières, RLDA 2005, n° 78.

provenant de l'ordonnance du 24 juin 2004, octroie une protection à double détente aux titulaires d'actions de préférence¹⁴²⁹. Dans un premier temps, la société bénéficiaire des apports doit conférer aux actionnaires de préférence de la société dissoute, des droits particuliers équivalents en échange des actions de préférence de ces actionnaires. Il s'agit, selon la réponse ministérielle du 30 septembre 2004¹⁴³⁰, d'une équivalence juridique permettant à écarter la réunion de l'assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence de la société absorbée. Dans ces conditions, l'échange des actions pourra avoir lieu selon une parité spécifique. Cette parité a pour conséquence d'accorder, aux anciens actionnaires de préférence de la société dissoute, une parité plus favorable que celle retenue pour les actionnaires ordinaires. Le caractère favorable de la nouvelle parité est justifié par l'octroi aux titulaires d'actions de préférence de la société apporteuse d'une prime d'émission plus élevée¹⁴³¹.

466. Puis, l'article L. 228-17 ajoute qu'en cas d'absence d'échange contre des actions accordant des droits particuliers, l'opération de fusion est subordonnée à l'approbation de l'assemblée spéciale des porteurs d'actions de préférence¹⁴³². La décision de l'assemblée générale de modifier les droits relatifs aux actions de préférence ne devient définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de préférence¹⁴³³. Cela veut dire que les titulaires des actions de préférence peuvent, en assemblée spéciale, paralyser la réalisation de l'opération de fusion dès lors qu'ils ne reçoivent pas, en contrepartie de leurs actions de préférence, des actions émises par la société absorbante comportant des droits particuliers équivalents¹⁴³⁴. Pour éviter toute ambiguïté, la consultation de l'assemblée spéciale lors de la

¹⁴²⁹ A. Baudry, Les actions de préférence, mémoire présenté à l'Université Paris II Panthéon Assas, 2005, n° 45, p. 63.

¹⁴³⁰ Rép. Ph. Adnot, Actions de préférence : droits particuliers équivalents, JO Sénat Q, 30 sep. 2004, n° 13316, p. 2236 ; H. Le Nabasque, A propos de la réponse ministérielle n° 13316, JO Sénat Q, 30 sep. 2004, p. 2236, RD ban. et fin. 2005, p. 30.

¹⁴³¹ F. Monod et R. Arakelian, Droits nouveaux attachés aux actions de préférence en cas de fusion : une solution pour les « liquidations préférences », Décideurs : Stratégie, Finance et Droit, n° 58, octobre-novembre 2004 ; F. Monod, Trois innovations révolutionnaires pour les actions de préférence, Capital finance, n° 728, 2 novembre 2004.

¹⁴³² L'assemblée spéciale ne délibère valablement que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins, sur première convocation, le tiers et, sur deuxième convocation, le cinquième des actions ayant le droit de vote et dont il est envisagé de modifier les droits. A défaut, la deuxième assemblée peut être prorogée à une date postérieure de deux mois au plus à celle à laquelle elle avait été convoquée. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir des quorums plus élevés (art. L. 225-99, C. com.). L'assemblée statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les actionnaires présents ou représentés (art. L. 225-96, al. 3, C. com.).

¹⁴³³ Art. L. 225-99, al. 2, C. com. ; J.-M. Moulin, Les actions de préférence, Petites aff. 2005, n° 189, p. 24 ; J. Mestre, La réforme des valeurs mobilières, Rev. Lamy Droit des Aff. 2005, n° 78.

¹⁴³⁴ V. D. Ohl, Valeurs mobilières, préc, n° 120.

détermination des droits équivalents paraît indispensable.

Outre les actions de préférence, le législateur français accorde également une protection aux titulaires des actions à droit de vote double dès lors que la fusion a pour effet d'altérer leurs droits particuliers. Cette catégorie d'actions n'est pas à l'abri de la protection législative.

2° Le sort des actions à droit de vote double

467. Ce type d'actions permet à l'actionnaire de bénéficier d'un droit de vote double au cours de l'assemblée générale de la société. Le bénéfice de droit de vote double peut être prévu soit, dès la constitution de la société, par les statuts soit, ultérieurement, par l'assemblée générale extraordinaire¹⁴³⁵. Pour que l'actionnaire puisse se prévaloir de cet avantage, il faut que l'action soit entièrement libérée et qu'elle soit inscrite au nom d'un même titulaire depuis au moins deux ans¹⁴³⁶. Lorsqu'une société, qui est absorbée par une société, avait conféré un droit de vote double à certains actionnaires ayant l'ancienneté nécessaire qui donne aussi à ses actionnaires un droit semblable, les actionnaires de la société dissoute conservent-ils leur avantage et leur ancienneté au sein de la société absorbante ? Il nous semble que la réponse est positive. Cette solution trouve son explication dans le fait que l'attribution des actions par la société absorbante aux actionnaires de la société absorbée, remplacent les actions qui leur avaient été accordées par la société absorbée et pour lesquelles ils bénéficiaient d'un droit de vote double¹⁴³⁷, et qui sont transmises à la société absorbante à la suite de la fusion. Par ailleurs, lorsqu'un tel actionnaire de la société absorbée a une ancienneté d'un an, il n'a pas donc acquérir l'ancienneté requise, il suffit pour lui d'attendre un an dans la société absorbante pour qu'il puisse se prévaloir du droit de vote. Si la société absorbante stipule dans ses statuts une ancienneté de trois ans, certains estiment que cet actionnaire n'attendra pas deux ans pour se prévaloir du droit de vote¹⁴³⁸. Cette solution nous semble logique dans la mesure où cette nouvelle condition ne figurait pas dans les statuts de la société absorbée dans laquelle les actionnaires n'avaient pas l'obligation d'attendre trois ans pour se prévaloir de cet

¹⁴³⁵ M. Storck, Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ?, Bull. Joly Sociétés 2009, n° 1, p. 92.

¹⁴³⁶ Art. L. 225-123, C. com.

¹⁴³⁷ P. Didier et Ph. Didier, Les sociétés commerciales, préc, n° 652, p. 524.

¹⁴³⁸ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc, n° 4777.

avantage. De même, la décision de l'assemblée générale, prévue à l'article 225-123 du Code de commerce, attribuant le droit de vote double, a un effet immédiat et n'est pas opposable aux actionnaires de l'absorbée inscrits en compte avant la date de cette assemblée.

468. L'article L. 225-124 du Code de commerce prévoit que « la fusion de la société est sans effet sur le droit de vote double qui peut être exercé au sein de la ou des sociétés bénéficiaires, si les statuts de celles-ci l'ont institué »¹⁴³⁹. Il en résulte que l'opération de fusion ne peut pas priver l'actionnaire, ayant un avantage dans la société absorbée, à bénéficier du droit de vote double dans la société absorbante après une attente de deux ans. L'actionnaire de la société absorbée conserve son droit de vote au sein de la société bénéficiaire même si cette dernière n'avait pas prévu dans ses statuts un droit de vote double au profit de ses actionnaires¹⁴⁴⁰. L'AMF a expliqué que lorsqu'une société absorbe une autre, elle peut conférer un droit de vote double à ses actionnaires et aux actionnaires de la société qui disparaît. Il lui suffira de proposer à ses actionnaires et aux actionnaires de la société absorbée de voter une résolution créant cet avantage pour l'ensemble des actions inscrites depuis au moins de deux ans au nom de même titulaire¹⁴⁴¹.

469. Puisque les actionnaires de la société absorbée continuent à bénéficier de cet avantage au sein de la société absorbante, la question se pose de savoir si la société absorbée détient, en qualité d'actionnaire, un droit de vote dans sa participation dans une société tierce, trouve-elle son droit de vote sera transmis à la société bénéficiaire du fait de la fusion ? En l'absence de disposition particulière sur cette question, la plupart des auteurs¹⁴⁴² estiment qu'il faut se référer au principe du transfert universel du patrimoine. C'est-à-dire que la société bénéficiaire de la transmission du patrimoine peut conserver le droit de vote double qui avait été conférée à la société dissoute.

Une protection identique est accordée par le législateur français aux porteurs des actions à dividende prioritaire sans droit de vote.

¹⁴³⁹ Art. L. 225-124, al. 2, C. com.

¹⁴⁴⁰ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, préc, n° 4777.

¹⁴⁴¹ Bull. mens. COB, 1979, n° 120.

¹⁴⁴² Voir A. Charvériat, P. Macqueron et C. Vannoote, *Mémento Assemblées Générales 2014-2015*, n° 57340 ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 1014, p. 445.

3° Le sort des actions à dividende prioritaire sans droit de vote

470. Les actions à dividende prioritaire sans droit de vote permettent à leurs titulaires d'avoir des dividendes prioritaires, dividende majoré et payé par priorité, par rapport aux autres actionnaires. En contrepartie, ils seront privés de leur droit de vote aux assemblées générales de la société¹⁴⁴³. Ce type d'actions peut être créé par augmentation de capital ou par conversion d'actions ordinaires déjà émises¹⁴⁴⁴. Les titulaires de ces actions sont réunis dans une assemblée spéciale qui peut désigner un ou plusieurs mandataires chargés de déposer un avis à l'assemblée générale des actionnaires lors de toute modification des droits des titulaires d'actions à dividende prioritaire¹⁴⁴⁵. La décision de l'assemblée générale des actionnaires ne peut être définitive qu'après approbation de l'assemblée spéciale des porteurs d'actions à dividende prioritaire¹⁴⁴⁶. Cette règle reçoit-elle application lorsque la société émettrice de ces actions fait l'objet d'une fusion ?

471. Dans le cadre des opérations de fusion, force est de constater que les porteurs d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote bénéficient d'une protection particulière lorsque leur société disparaît du fait de la fusion. Naturellement, lorsqu'ils ont cet avantage dans la société absorbée, ils ont le droit de le sauvegarder même si le patrimoine de leur société est transmis à titre universel à la société absorbante. Dans cette optique, la fusion ne leur est opposable qu'après l'autorisation de l'assemblée spéciale. En d'autres termes, l'opération de fusion ne sera définitive qu'après avoir été ratifiée par l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote de la société absorbée. Cette protection ne concerne pas seulement les actionnaires de la société absorbée ; la réunion de l'assemblée spéciale devra se tenir dans chacune des sociétés parties à l'opération projetée¹⁴⁴⁷.

472. Le rôle de l'assemblée spéciale des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote ne doit pas être négligé. En effet, le législateur a instauré au profit de cette assemblée un pouvoir de ratification. Cela revient à dire que cette assemblée peut s'opposer au projet de fusion tel qu'il lui est présenté lorsque l'opération de fusion a pour conséquence

¹⁴⁴³ J.-F. Artz, *Action*, préc., n° 207.

¹⁴⁴⁴ Art. L. 228-35-3, ali. 1^{er}, C. com.

¹⁴⁴⁵ Art. L. 228-35-6, al. 4, C. com. ; A. Charvériat, P. Macqueron et C. Vannoote, *Mémento Assemblées Générales*, préc., n° 96690.

¹⁴⁴⁶ Art. L. 228-35-6, ali. 4 et 5, C. com.

¹⁴⁴⁷ En ce sens voir M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc., n° 465, p. 106.

de modifier les droits spécifiques des titulaires d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote¹⁴⁴⁸. L'article L. 236-9 du Code de commerce dispose que « la fusion est soumise, le cas échéant, dans chacune des sociétés qui participent à l'opération, à la ratification des assemblées spéciales d'actionnaires mentionnées aux articles L. 225-99 et L. 228-15 ». En outre, l'article L. 225-99 prévoit que « La décision d'une assemblée générale de modifier les droits relatifs à une catégorie d'actions n'est définitive qu'après approbation par l'assemblée spéciale des actionnaires de cette catégorie ». Cette disposition générale s'applique à toute catégorie d'actions dont les titulaires se réunissent en assemblée spéciale et dont les actions à dividende prioritaire fait partie. Par voie de conséquence, les porteurs d'actions à dividende prioritaire sans droit de vote bénéficient d'une protection particulière qui réside dans le cas où la fusion ne leur est opposable qu'après l'autorisation de l'assemblée spéciale. Une décision défavorable de l'assemblée spéciale est de nature à freiner la fusion et à empêcher la décision de l'assemblée générale extraordinaire de produire ses effets. Pour éviter cette conséquence lourde, il faut conserver leur avantage au sein de la société absorbante.

Il faut finalement rappeler que certains titres donnant des droits particuliers, comme les actions à dividende prioritaire sans droit de vote, sont en voie d'extinction. La réglementation de ces actions n'est maintenue qu'à titre temporaire pour les émissions antérieures¹⁴⁴⁹.

On en conclut que le législateur français a accordé une protection renforcée aux titulaires des titres particuliers existant au sein de la société absorbée. La société absorbante doit leur conférer cet avantage même si ses statuts ne le prévoient pas. A défaut, la fusion ne leur opposable qu'approbation de leur assemblée spéciale. Cette protection particulière n'a pas son équivalence en droit syrien qui subit toujours une insuffisance de textes spécifiques.

¹⁴⁴⁸ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 465, p. 106.

¹⁴⁴⁹ Sur ce point, voir art. L. 228-29-8 et s. C. com. Cela vaut aussi pour les certificats d'investissement (A. Bognoux, Certificats d'investissement et certificats de droit de vote, JCI Banque-Crédit-Bourse, 2010, n° 10). Aux termes de l'article L. 236-9 du Code de commerce, le projet de fusion est soumis aux assemblées spéciales des porteurs de certificats d'investissement statuant selon les règles de l'assemblée générale des actionnaires, à moins que la société absorbante n'acquière ces titres sur simple demande de leur part et que cette acquisition ait été acceptée par leur assemblée spéciale. L'offre d'achat doit être publiée dans un journal d'annonces légales et, en outre, si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes ses actions ne revêtent pas la forme nominative. Toutefois, si toutes les actions de la société sont nominatives, les insertions prévues à l'alinéa précédent peuvent être remplacées par un avis adressé, par lettre recommandée et aux frais de la société, à chaque porteur de certificat (art. R. 225-153, al. 2 et 3, C. com. sur renvoi de l'art. R. 236-5, C. com.). Les porteurs de certificat disposent d'un délai de trente jours pour répondre à l'offre. S'ils n'auraient pas cédé leurs titres à l'expiration de ce délai, ils deviennent titulaires de certificats d'investissement de la société absorbante, à moins que le traité de fusion ne prévoie l'échange de ces certificats contre des actions de la société absorbante (art. L. 228-30, al. 8, C. com.).

§II. La faiblesse du régime de fusion syrien quant à la protection des associés

473. Il est acquis que l'opération de fusion a des conséquences considérables sur les associés des sociétés en cause. La disparition de leur société ne conduit pas à la disparition de leur qualité d'associés et les droits y attachés lors de la réalisation de la fusion. Le droit syrien n'a pas obligé les associés de la société absorbée de quitter leur société, il leur a donné un choix de rémunération (A). Cependant, la protection accordée aux titulaires des titres de la société absorbée n'est pas au même titre que celle prévue en droit français. Autrement dit, la protection accordée aux titres de la fusionnée est faible par rapport à celle-ci en droit français (B).

A. Un choix de rémunération accordé aux associés

474. Le traité de fusion précise les droits des associés dans la société absorbante en échange de leur participation au sein de la société absorbée. En cas d'existence d'une clause privant ces associés de leurs droits, elle est réputée absolument nulle¹⁴⁵⁰. De ce fait, les sociétés de l'absorbée ont le droit de recevoir la contrepartie de leur participation dans cette dernière (1°) à moins que ceux-ci n'aient pas décidé de sortir de leur société (2°).

1° La réception des associés de leur contrepartie au sein de la société absorbée

475. La fusion n'aura de sens que s'il y a des parts ou des actions émises par la société absorbante ou nouvelle en contrepartie de l'apport transmis par la société absorbée¹⁴⁵¹. La rémunération de l'apport effectué au profit des associés de la société absorbée est une conséquence essentielle résultant de la réalisation de fusion. Ces nouveaux titres donnent aux

¹⁴⁵⁰ A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 156, p. 240.

¹⁴⁵¹ V. H. Almasry, La fusion et la scission des sociétés, préc, n° 151, p. 245 ; L. Alfayoumi, Les effets de la fusion des sociétés anonymes, préc, p. 87.

associés et actionnaires de la société absorbée des droits équivalents à ceux qu'ils avaient dans celle-ci. Il en résulte que, dans la fusion par absorption, la société absorbante émet des nouveaux titres correspondant aux apports de la société absorbée et les distribue aux associés et actionnaires de cette dernière. Cette distribution est en fonction des droits que ceux-ci avaient au sein de la société absorbée et permet à ces derniers de devenir associés ou actionnaires de la société absorbante¹⁴⁵². Il en va de même pour la fusion par création de société nouvelle, les titres nouvellement émis, pour la première fois, seront attribués aux associés et actionnaires des sociétés intervenantes à la fusion. A la suite de l'attribution de nouveaux titres, les associés et actionnaires des sociétés en cause deviennent associés et actionnaires de la société nouvelle.

Or, le fait que les associés de la société absorbée reçoivent au lieu de nouveaux titres, une contrepartie en espèces n'entre pas dans le champ d'application de la fusion, cette opération entre dans le cadre de la vente. Il en va aussi pour les titres que la société absorbante détient dans une autre société. Lorsque les associés de l'absorbée reçoivent des titres non pas en contrepartie de leur participation dans celle-ci, mais ces titres sont déjà détenus par l'absorbante dans une autre société¹⁴⁵³. Les associés de l'absorbée doivent donc recevoir des titres de l'absorbante en échange de leurs droits sociaux dans l'absorbée pour que l'opération soit qualifiée de la fusion¹⁴⁵⁴. Ils deviennent à cet effet associés de la société bénéficiaire de la fusion.

476. Toutefois, il faut souligner que, au contraire du droit français¹⁴⁵⁵, le droit syrien ne prévoit pas expressément cette conséquence. Autrement dit, aucun texte en droit syrien ne prévoit la possibilité d'attribuer les titres de la société bénéficiaire de la fusion aux associés de la société appelée à disparaître¹⁴⁵⁶. Mais, il précise à l'article 219-4 du Code des sociétés que les associés ou actionnaires de la société absorbée sont exonérés de toute imposition ou taxation. Il ajoute que cette disposition ne s'applique pas à l'entrée de nouveaux associés à la société absorbante après la réalisation de la fusion. D'une autre manière, les associés de

¹⁴⁵² H. Almasry, La fusion et la scission des sociétés, préc, n° 151, p. 246.

¹⁴⁵³ F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes, préc, p. 112.

¹⁴⁵⁴ S. Alqalyoubi, Les sociétés commerciales, préc, n° 89, p. 206.

¹⁴⁵⁵ Les associés des sociétés qui transmettent leur patrimoine dans le cadre des opérations mentionnées aux trois alinéas précédents reçoivent des parts ou des actions de la ou des sociétés bénéficiaires (art. L. 236-1, al. 4, C. com.).

¹⁴⁵⁶ En revanche, on trouve que le droit jordanien envisage cette hypothèse. Il précise que l'augmentation du capital de la société fusionnante résultant de l'absorption de la société fusionnée fait l'objet d'une attribution aux associés ou actionnaires de cette dernière en contrepartie de leurs droits sociaux dans celle-ci (art. 222, C. soc.).

l'absorbée deviennent associés de l'absorbante et reçoivent, à cette occasion, des titres de cette dernière en échange de leur participation dans la fusionnée. Cette participation est intégrée du fait de la fusion dans le patrimoine de la société absorbante qui augmente en conséquence son capital. L'attribution des titres s'explique par l'augmentation du capital de l'absorbante suite à la transmission d'apport de l'absorbée. L'attribution se réalise donc directement aux associés de la société absorbée en leur qualité d'ayants droit.

Par voie de conséquence, il paraît que les associés ou actionnaires de la société absorbée ne reçoivent que des parts ou actions de la société absorbante. Pour être plus précis, ces associés ne reçoivent pas une soulte en espèces, en complément des titres émis par l'absorbante, comme le cas de ceux-ci en droit français¹⁴⁵⁷. Cet avantage est réservé aux associés de la société absorbée en droit français et ne s'applique pas en droit syrien et les autres droits arabes¹⁴⁵⁸. On espère que le législateur syrien procédera à l'adoption d'une telle disposition notamment que cette soulte permet de faciliter la fixation de la parité d'échange et d'éviter la création de rompus.

477. Par ailleurs, quant à la négociabilité des actions d'apport en nature remis aux actionnaires de la société absorbée, on se demande si elles sont immédiatement négociables lors de son attribution à l'occasion de la fusion. En droit des sociétés, les actions n'ont pas le caractère négociable qu'après trois ans à compter de la publication de la société au registre des sociétés¹⁴⁵⁹. Dans le cadre d'augmentation du capital, les actions ne sont négociables qu'après trois ans dès la décision de la rectification de l'augmentation prise par le Ministre du commerce et de l'économie¹⁴⁶⁰. Cependant, en matière de fusion, on peut considérer que la règle de la non négociabilité des titres pendant trois ans ne reçoit pas application. Cette règle s'applique à la seule émission des titres lors de la création de la société non pas à l'émission des titres lors d'une fusion¹⁴⁶¹. Donc, il n'y pas une disposition particulière interdit la négociabilité des titres lors leur émission en cas de fusion¹⁴⁶². Cette solution a pour effet de faciliter la réalisation des opérations de fusion.

¹⁴⁵⁷ En droit français, le montant de la soulte en espèces ne peut dépasser 10 % de la valeur nominale des parts ou des actions attribuées (art. L. 236-1, al. 4, C. com.).

¹⁴⁵⁸ Il n'y a aucun texte en droit égyptien, libanais ou jordanien qui correspond à l'alinéa 4 de l'article L. 236-1 du Code de commerce français.

¹⁴⁵⁹ Art. 96-1, C. soc. En revanche, cette durée est diminuée à deux ans pour la SARL (art. 60, C. soc.).

¹⁴⁶⁰ Art. 96-3, C. soc.

¹⁴⁶¹ F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes, préc, p. 117 et s.

¹⁴⁶² En revanche, le législateur égyptien (art. 133, C. soc.) et le législateur jordanien (art. 226, C. soc.) ont expressément prévu cette solution. Il vaut mieux, pour combler les lacunes en droit syrien, que le législateur promulgue une telle disposition dans les années à venir.

Pour finir, il faut préciser que la réception des titres de la société absorbante par les associés de la société absorbée peut s'opposer au désir de certains associés de celle-ci. Ceux-ci peuvent former une opposition à la fusion, et demander, contrairement au droit français, la sortie de leur société et récupérer la valeur de leurs titres.

2° Le droit des associés de sortir de leur société

478. Lorsque l'assemblée générale extraordinaire approuve l'opération de fusion conformément à la loi et aux statuts, la minorité doit se soumettre à l'opinion de la majorité. Une fois la décision de la fusion est prise, conformément à la loi, par l'assemblée compétente, elle devient opposable à tous les actionnaires présents, représentés à la séance ou absents¹⁴⁶³. Cependant le législateur permet aux associés opposants à la fusion de sortir de leur société et de récupérer la valeur de leurs titres¹⁴⁶⁴. Rien n'oblige l'actionnaire opposant d'entrer dans la société absorbante tant que celui-ci ne le souhaite pas¹⁴⁶⁵. Cette possibilité n'est pas, en matière de fusion, expressément prévue en droit syrien¹⁴⁶⁶, mais elle est consacrée par le législateur égyptien.

479. De fait, les associés ou actionnaires désirant sortir de leur société et récupérer la valeur de leurs titres peuvent exercer leur droit par une demande écrite adressée à la société pendant trente jours dès la publication de la décision de fusion¹⁴⁶⁷. Le prix des titres est déterminé soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du tribunal¹⁴⁶⁸. L'évaluation des titres est faite en prenant en considération de la valeur des actifs

¹⁴⁶³ Art. 184-1, C. soc.

¹⁴⁶⁴ En revanche, le droit français n'envisage pas cette possibilité. Il précise que les actionnaires minoritaires de la société absorbée se voient proposer, en cas de contestation, préalablement à la fusion, le rachat de leurs actions par la société absorbante à un prix correspondant à la valeur de celles-ci. Le prix est, lorsque les actions de la société absorbée ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, déterminé par un expert désigné, soit par les parties, soit à défaut d'accord entre elles, par ordonnance du président du tribunal statuant en la forme des référés et sans recours possible (art. 1843-4, C. civ., sur renvoi de l'art. L. 236-11-1, a), C. com.). si les actions de la société absorbée sont admises aux négociations sur un marché réglementé, le prix est déterminé dans les conditions et selon les modalités fixées par le règlement général de l'Autorité des marchés financiers (art. L. 236-11-1, b), C. com.).

¹⁴⁶⁵ H. Alsaghir, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 539 et s.

¹⁴⁶⁶ Cependant, en application des règles du droit commun, l'associé peut demander la sortie de la société lorsqu'il s'appuie sur des raisons lui permettant d'exercer son droit (art. 499-2, C. civ.).

¹⁴⁶⁷ Art. 135-2 de la loi n° 159 du 1981.

¹⁴⁶⁸ Art. 135-3 de la loi n° 159 du 1981.

de la société¹⁴⁶⁹. Le conseil d'administration ou le dirigeant informe les associés et actionnaires de la valeur de leurs titres dans les quinze jours qui suivent la réception de leur demande¹⁴⁷⁰. La société envoie un préavis aux actionnaires et associés en leur précisant la date à laquelle elle met à leur disposition les sommes dues. En cas de désaccord sur la valeur des actions, les actionnaires peuvent avoir recours à la justice qui détermine le prix de leurs titres¹⁴⁷¹.

Pour conclure, le droit français n'accorde pas le droit de sortie de la société aux associés de la société absorbée. Mais, ceux-ci peuvent vendre leurs titres à un prix déterminé et se retirer de leur société. En contrepartie, les associés ont, en droit syrien, le droit de sortir de leur société et récupérer par conséquent la valeur de leurs titres. Cependant, s'ils désirent garder leurs titres et devenir associés ou actionnaires de la société absorbante, la protection accordée à leurs titres n'est pas au même titre que celle-ci accordée par le législateur français.

B. Une protection insuffisante des titres particuliers de la société absorbée

480. Comme en droit français, les titres particuliers se distinguent des autres par leur spécificité en conférant des avantages à leurs titulaires par rapport aux titulaires des actions ordinaires. Il est en effet nécessaire de les protéger dans le cas où la société qui émet ces titres disparaît du fait de son absorption par une autre société. Mais, contrairement au droit français, les titres qui confèrent ces avantages à leurs titulaires ne sont pas nombreux en droit syrien. Il existe en droit syrien deux catégories qui peuvent donner des privilèges à leurs titulaires : les actions de préférence (1°) et les actions à droit de vote double (2°). De ce fait, la question se pose de savoir si le droit syrien a accordé une protection particulière à ces titres lorsque la société qui les avait émis disparaît à l'occasion d'une fusion. Autrement dit, lorsque ces titres disparaissent du fait de la fusion de la société émettrice, la société absorbante doit-elle émettre des titres identiques au profit des actionnaires de la société absorbée ?

¹⁴⁶⁹ L. Alfayoumi, Les effets de la fusion sur les sociétés anonymes, préc, p. 100.

¹⁴⁷⁰ Art. 296 des instructions exécutives du Code des sociétés, n° 96 du 1982.

¹⁴⁷¹ Art. 296 des instructions exécutives n° 96 du 1982.

1° Les actions de préférence, exemple d'insuffisance de textes spécifiques

481. En droit des sociétés syrien, comme en droit des sociétés français, le principe d'égalité entre les actionnaires suppose que les droits attachés à chaque action sont égaux¹⁴⁷². Cela revient à dire que la société doit considérer que les actionnaires bénéficient des mêmes droits et obligations et il est opportun de les traiter de la même façon¹⁴⁷³. Toutefois, cette règle ne s'applique que pour les actions de même catégorie. Le Code des sociétés admet la possibilité de créer des actions de préférence. Ces dernières font donc exception à la règle générale¹⁴⁷⁴. L'article 91-6 du Code des sociétés prévoit la possibilité de créer des actions de préférence par une décision de l'assemblée générale extraordinaire. Comme en droit français, ce type d'actions confère à leur titulaire de droits pécuniaires, tels que l'attribution d'un dividende prioritaire, et politiques, tels que le droit de veto sur certaines décisions¹⁴⁷⁵. La création des actions de préférence peut avoir lieu dès la constitution de la société ou en cours de sa vie sociale¹⁴⁷⁶.

482. Le rapprochement entre le droit syrien et le droit français n'est pas total sur cette question. Contrairement à ce qui est prévu dans le Code de commerce français, le Code des sociétés syrien n'a pas envisagé une disposition permettant aux porteurs des actions de préférence de se réunir en assemblée spéciale statuant sur certaines opérations qui peuvent porter atteinte à leurs droits¹⁴⁷⁷. En effet, lorsqu'il y a de modification des droits attachés aux actions de préférence par l'assemblée générale, il n'y pas lieu d'approuver la décision de celle-ci par l'assemblée spéciale de des titulaires des actions de préférence. Or, en cas de fusion, quelle protection peut être accordée aux titulaires des actions de préférence de la société absorbée lorsque leurs titres ne sont pas échangés contre des titres identiques de la société absorbante ? Est-ce que la fusion demeure-t-elle valable lorsque l'opération n'est pas soumise à l'approbation de l'assemblée spéciale des porteurs des actions de préférence ?

¹⁴⁷² Art. 91-1, C. soc.

¹⁴⁷³ Art. 91-5, C. soc.

¹⁴⁷⁴ J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc, n° 457, p. 363.

¹⁴⁷⁵ Art. 91-7, C. soc. Cependant, les statuts peuvent prévoir la possibilité de priver les titulaires des actions de préférence du droit de vote aux assemblées générales de la société (Art. 91-8, C. soc.).

¹⁴⁷⁶ J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc, n° 457, p. 363.

¹⁴⁷⁷ La création d'une assemblée spéciale réunissant les porteurs des actions de préférence avait été prévue par l'ancien législateur du 1949 (art. 234-1, C. com.). Le législateur du 2011 n'a pas expressément abrogé cette assemblée, mais il ne l'a pas envisagé dans le nouveau Code des sociétés. Or, il a l'intention de ne pas créer une assemblée spéciale des porteurs des actions de préférence.

483. Il est vrai qu'il n'y pas de texte permet de créer une assemblée spéciale réunissant les titulaires des actions de préférence. Mais, ceux-ci ne sont pas sans protection lorsque leur société disparaît à l'occasion d'une fusion. D'un côté, l'article 95-2 du Code des sociétés précise que la valeur des actions qui seront émises par la société bénéficiaire de l'opération doit être équivalent à celle des actions que possédaient les actionnaires, dans leur société, avant l'opération projetée. En transposant ce texte à la fusion, lorsqu'elle émet des titres, la société absorbante doit conférer aux porteurs des actions de préférence de la société absorbée, des droits particuliers équivalents en échange de leurs anciennes actions. Les actionnaires de préférence de la société absorbée doivent recevoir des actions de préférence de la société absorbante en contrepartie des actions qu'ils possédaient dans leur société. D'autre côté, en cas de modification des droits attachés aux actions de préférence, la loi permet aux actionnaires qui subissent un préjudice de demander la nullité de la fusion¹⁴⁷⁸. De la même façon, l'article 120 du Code des sociétés prévoit que l'actionnaire peut demander l'annulation de toute décision de l'assemblée générale de la société lorsqu'il est prise contrairement à la loi et aux statuts de la société¹⁴⁷⁹. Puisque les actions de préférence sont prévues aux statuts de la société, toute décision modifie les droits attachés à ces actions, elle est réputée prise en violation des statuts de la société et porte atteinte aux droits des porteurs de ces actions.

En conséquence, on se demande pourquoi à chaque on se réfère aux règles générales du droit commun pour traiter une question qui peut se poser en matière de fusion. Il appartient au législateur de prendre en considération l'importance de l'opération de fusion en droit des sociétés. Il doit adopter expressément un texte permettant aux titulaires des actions de préférence de se réunir en assemblée spéciale statuant sur les opérations pouvant porter atteinte aux droits des titulaires de ces actions. Lorsque les droits de ces derniers sont modifiés suite à une fusion, l'opération doit être subordonnée à l'approbation par l'assemblée spéciale des porteurs des actions de préférence.

Cette carence législative marque aussi sa présence quant aux actions à droit de vote double.

¹⁴⁷⁸ Art. 119-1, a, C. soc.

¹⁴⁷⁹ Art. 120-6, C. soc.

2° Les actions à droit de vote double, un mode de résolution doctrinale

484. Il est admis que les actions à vote double sont valables en droit des sociétés même s'ils dérogent au principe de proportionnalité du droit de vote et, par conséquent, au principe d'égalité entre les actionnaires¹⁴⁸⁰. L'actionnaire peut se prévaloir de cet avantage lorsque l'action est entièrement libérée¹⁴⁸¹ et pour laquelle il est justifié d'une inscription nominative, depuis trois ans au moins, au nom du même actionnaire¹⁴⁸². Lorsque la société conférant cet avantage à certains actionnaires a été absorbée par une autre société, on se demande si la société absorbante doit-elle conférer le même avantage aux actionnaires de la société absorbée ou peut-elle échapper à cette obligation ?

485. Cette situation n'a pas été envisagée par le législateur syrien. Au contraire de ce qui a été prévu en droit français, la loi sur les sociétés commerciales en Syrie n'a pas apporté une solution sur le sort de droit de vote double en matière de fusion. Toutefois, la doctrine a envisagé cette question en proposant une solution presque identique à celle adoptée en droit français. Comme en droit français, les actionnaires ayant un droit de vote double au sein de la société absorbée ne perdent pas cet avantage en raison de l'absorption de leur société. Cette solution paraît logique dans la mesure où la société absorbante attribue aux actionnaires de la société absorbée des actions qui remplacent leurs anciennes actions et pour lesquelles ils bénéficiaient d'un droit de vote double et qui étaient transférées à la société absorbante à l'occasion de la fusion. Il suffit que l'assemblée générale extraordinaire de la société absorbante stipule dans ses statuts une clause conférant cet avantage. Si les statuts de la absorbante ne prévoient pas l'attribution du droit de vote double à certains actionnaires, l'assemblée générale extraordinaire de celle-ci doit, lors de la fusion, augmenter son capital et modifier ses statuts en stipulant une clause permettant la création d'un tel avantage au profit des actionnaires de la société absorbée¹⁴⁸³. Cette solution est insuffisante. Il devrait être prévu que la fusion n'a pas pour effet d'altérer les droits des actionnaires porteurs des titres à droit de vote double au sein de la société absorbante. Faute de quoi, une consultation de l'assemblée spéciale demeure indispensable. Cette solution doit être consacrée par le

¹⁴⁸⁰ Art. 91-1 et 4, C. soc.

¹⁴⁸¹ Art. 92-2, C. soc.

¹⁴⁸² Art. 91-11, C. soc.

¹⁴⁸³ L. Alfayoumi, Les effets de la fusion des sociétés anonymes, préc, p. 90 et s. ; H. Almasri, La fusion et scission des sociétés, préc, n° 152, p. 248 et s ; A. Mehrez, La fusion des sociétés du point de vue juridique, préc, n° 159, p. 244 et s.

législateur pour assurer une protection efficace aux actionnaires bénéficiant du droit de vote double. Il n'y a aucune raison pour ne pas adopter des dispositions, similaires à celles en droit français, concernant le sort des actions à droit de vote double en matière de fusion.

486. Conclusion de la section II. Malgré le rapprochement entre le droit français et le droit syrien quant au maintien de la qualité d'associé au sein de la société absorbante, la particularité du premier marque son évolution et autonomie. Cette conséquence résulte de l'application de l'article L. 236-1 du Code de commerce, alors qu'elle n'a pas été explicitement prévue par le Code des sociétés syrien. Le fait que les associés reçoivent, en plus, une soulte en espèces qui ne doit pas dépasser 10 % de la valeur des titres attribués, est un cas particulier réservé au droit français. L'adoption de ce complément de rémunération est la bienvenue en droit syrien dans la mesure où il permet de faciliter la détermination de la parité d'échange. La singularité du droit français paraît également évidente dans l'adoption des dispositions particulières destinées à assurer une protection efficace aux titulaires des titres particuliers. L'octroi des titres identiques ou équivalents et la consultation de l'assemblée spéciale permettent de maintenir les droits des actionnaires de la société absorbée. Cette protection législative n'a pas été prise en compte par le législateur syrien, alors que la loi aurait dû porter remède à cette question. Rien ne peut justifier qu'aucune disposition ne règle le sort des actions de préférence et les à droit de vote double en matière de fusion. Il faut en conséquence inviter le législateur à combler les lacunes existant dans le Code des sociétés. Il doit agir pour mettre les choses au clair en adoptant des dispositions spécifiques, semblables à celles adoptées en droit français.

Reste la question des salariés qui sont également affectés par l'effet de la fusion. Cette dernière a des conséquences multiples sur le statut individuel et collectif des salariés des sociétés parties.

Section III. Les effets de la fusion à l'égard des salariés

487. Le salarié est lié juridiquement à l'entreprise par un contrat de travail. Ce dernier peut être défini comme le contrat par lequel une personne s'engage à mettre son activité au service d'une autre, sous la direction et le contrôle de cette dernière, moyennant une rémunération¹⁴⁸⁴. Contrairement aux contrats instantanés, comme le contrat de vente, le contrat de travail est un contrat à long terme dont l'exécution dure une période de temps s'imposant aux parties tant que le contrat en cours. Le marché de travail ne cesse pas de s'adapter aux changements technologiques, économiques, juridiques et aux besoins des entreprises. Le changement de la situation juridique de l'employeur a nécessairement des conséquences sur le statut des salariés. Dans ces perspectives, les législateurs français et syrien mettent l'accent sur les effets de la fusion sur les salariés. On distingue ici entre effets individuels (§I), qui sont en principe similaires en droit français et droit syrien, et effets collectifs (§II).

§I. Effets individuels

488. Toute opération de fusion emporte des impacts importants sur le statut individuel des salariés des sociétés participantes à l'opération. Puisque la décision de fusion entraîne une influence sur la situation économique de l'entreprise, il convient donc de respecter les dispositions de l'article L. 2323-19 du Code de travail¹⁴⁸⁵. Dans ces conditions, le comité d'entreprise doit être informé et consulté, notamment en cas de fusion, sur toutes les modifications portant sur l'organisation économique ou juridique de l'entreprise. En effet, l'opération de fusion exerce, d'une part, une influence sur les contrats du travail (A.). D'autre part, l'opération envisagée a d'autres conséquences importantes sur le statut des salariés (B.).

¹⁴⁸⁴ Art. 46 du Code de travail syrien (promulgué par la loi n° 17 du 29 mars 2010) ; v. aussi S. Benayoun et S. Dubost, Guide du Responsable comptable, administratif et financier, n° 105-10.

¹⁴⁸⁵ En revanche, il n'y a pas de texte correspondant dans le Code de travail syrien.

A. Les effets uniformes de la fusion sur les contrats du travail en droit français et droit syrien

489. En droit du travail, lorsqu'une entreprise fait l'objet d'une opération de restructuration, tel est le cas de la fusion, on parle, en droit français, d'une modification de l'identité juridique de l'employeur¹⁴⁸⁶ ou, en droit syrien, d'un transfert d'entreprise¹⁴⁸⁷. L'opération de fusion emporte donc une modification dans la situation juridique des entreprises d'origine ayant vocation à en constituer une seule. Là, se pose la question de l'avenir du contrat de travail conclu avec l'ancien employeur. Autrement dit, on doit s'interroger sur le sort du contrat de travail lors du transfert d'une entreprise à un nouvel employeur. L'opération de fusion est-elle susceptible de mettre fin au contrat de travail ou ce dernier se transmet-il au nouvel employeur ?

Aux termes de l'article L. 1224-1 du Code de travail français, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, notamment par fusion, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. De son côté, l'article 12 du Code de travail syrien prévoit que la fusion d'une entreprise avec une autre ne conduit pas à la résiliation des contrats de travail conclus par celle-ci. En application de ces textes, tous les contrats du travail en cours sont maintenus, par la société bénéficiaire, au jour de la réalisation de l'opération de fusion. En d'autres termes, l'ensemble des contrats du travail conclus avec la société dissoute sont transmis de plein droit à la société bénéficiaire¹⁴⁸⁸. Les législateurs français et syrien ont donc consacré le principe de la survie du contrat de travail en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur. Au regard de ce principe, les salariés de la société absorbée deviennent salariés de la société absorbante¹⁴⁸⁹. En effet, les dispositions de l'article L. 1224-

¹⁴⁸⁶ Les aspects de la modification de la situation juridique de l'employeur sont évoqués dans les articles L. 2143-10, L. 2314-28, L. 2324-26 et L. 2327-11 du Code de travail.

¹⁴⁸⁷ A. Alhanafi, L'effet du changement de l'employeur sur les contrats de travail en droits français et égyptien, éd. Univ. Koweït, 1997, n° 94, p. 67.

¹⁴⁸⁸ A. Albora'ai et R. Albora'ai, Le précis en droit social, t. 2, Le contrat du travail individuel selon la loi n° du 2003, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2009, p. 777. G. Geoffroy, Transfert des contrats de travail et reprise en régie directe d'un service public administratif, mémoire soutenu à l'Université Lille II, 2012, p. 8.

¹⁴⁸⁹ Ce principe a été consacré par le législateur européen dans la directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 dans l'article 14, §4, « les droits et obligations des sociétés qui fusionnent résultant de contrats de travail ou de relations de travail et existant à la date à laquelle la fusion transfrontalière prend effet sont transmis, du fait de la prise d'effet de cette fusion transfrontalière, à la société issue de la fusion transfrontalière à la date de prise d'effet de la fusion transfrontalière ». ce principe du maintien du contrat de travail avait également été affirmé par la directive n° 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des

1 du Code de travail français et de l'article 12 du Code de travail syrien sont d'ordre public : elles s'imposent aux salariés au même titre que les employeurs successifs¹⁴⁹⁰. Le transfert s'effectue même en cas d'absence de dispositions dans les contrats de travail ou le traité de fusion régissant cette situation¹⁴⁹¹.

490. Le principe apporté par les articles L. 1224-1 et 12 du Code de travail emporte que le contrat de travail ne peut être modifié en raison du transfert du salarié du fait de la fusion. C'est-à-dire, la société bénéficiaire doit respecter les stipulations des contrats qui lui sont transmis par l'effet de l'opération de fusion¹⁴⁹². Cette règle exige, par exemple, le maintien par la société absorbante des avantages de l'ancienneté acquise chez la société absorbée, ainsi que tous les droits concernant cette ancienneté¹⁴⁹³ (droit à une prime d'ancienneté, indemnités, congés payés...) ¹⁴⁹⁴. Elle met par ailleurs à la charge de la société absorbante l'obligation de reprendre les engagements résultant d'un accident du travail arrivé à un salarié de la société absorbée¹⁴⁹⁵. Le principe du maintien des contrats porte aussi bien sur les contrats à durée déterminée que les contrats à durée indéterminée¹⁴⁹⁶. Il porte également sur les contrats de qualification¹⁴⁹⁷ et les contrats d'apprentissage¹⁴⁹⁸. De même, les contrats du travail en cours d'exécution au jour de la fusion sont aussi visés par les articles 12 et L. 1224-

Etats membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements. L'article 3, § 1, de la directive précise que «les droits et les obligations qui résultent pour le cédant d'un contrat de travail ou d'une relation de travail existant à la date du transfert sont, du fait de ce transfert, transférés au cessionnaire » : voir JOCE, n° L. 82/16.

¹⁴⁹⁰ A cette occasion, en l'absence de la jurisprudence en droit syrien, la Cour de cassation française énonce la formule suivante : « Il résulte de l'article L 122-12, al. 2 (désormais L. 1224-1) du Code du travail qu'en cas de modification dans la situation juridique de l'employeur, c'est par le seul effet de la loi que les contrats de travail en cours subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise et cette transmission s'impose aux salariés comme à l'employeur » (Cass. soc. 9 juill. 1997, n° 98-43713 : RJS 12/97, n° 1340). Sur le caractère d'ordre public de l'article L. 1224-1 du Code du travail (ancien article L. 122-12), voir aussi Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45.216, Bull. civ. V, n° 273 ; Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705, Bull. civ. V, n° 171.

¹⁴⁹¹ Y. Sarkhoh, Le cadre juridique de la fusion entre les banques koweïtiennes, Rev. Le droit, Koweït, 1993, n° 4, p. 78.

¹⁴⁹² H. Alsaghir, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc. p. 593 et s. Cependant, cela n'empêche pas le nouvel employeur à proposer à un salariés de l'absorbée une modification de son contrat sous réserve d'accepter cette modification par le salarié et qu'elle n'a pas pour objectif d'éluder les dispositions de l'article L. 1224-1 du Code de travail (Cass. soc., 17 sep. 2003, n° 01-43687, Bull. 2003, V, n° 232, p. 241).

¹⁴⁹³ P. Morvan, Restructurations en droit social, LexisNexis, 3^e éd. 2013, n° 236, p. 136 ; A. Alhanafi, préc. n° 324, p. 206.

¹⁴⁹⁴ Cass. soc., 10 juill. 1991 ; dans le même sens, voir aussi Cass. soc., 11 févr. 1982, Bull. civ. V, n° 89 ; v. également, A. Alhanafi, préc. n° 324, p. 206 ; F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes, préc. p. 191.

¹⁴⁹⁵ Cass. soc., 29 avr. 1982, JCP 1980, IV, n° 263. Cette solution est logique dans la mesure où elle s'appuie sur la protection des droits salariés de la société absorbée (L. Alfayoumi, Les effets de la fusion des sociétés anonymes, préc. p. 76).

¹⁴⁹⁶ A. Charvériat, A. Couret, Th. Piquereau et B. Zabal, Mémento groupes de sociétés, 2014-2015, n° 19706.

¹⁴⁹⁷ Cass. soc. 3 mars 1998, Bull. civ., V, n° 116.

¹⁴⁹⁸ Cass. soc. 4 mars 1982, Bull. civ., V, n° 146. Sur les contrats de formation en alternance, voir Cass. soc. 3 mars 1998, RJS 4/98, n°418.

¹⁴⁹⁹. D'une façon plus générale, tous les contrats du travail en cours sont visés par le principe du maintien des contrats¹⁵⁰⁰.

491. Cependant, les prescriptions d'ordre public de l'article L. 1224-1 et 12 ne sont pas incompatibles avec les licenciements à l'occasion de la fusion¹⁵⁰¹. Autrement dit, la règle du maintien des contrats du travail n'empêche pas à procéder à des licenciements consécutifs à une opération de fusion, à la condition que ces licenciements aient une cause légitime¹⁵⁰². Le licenciement n'aura pas un caractère abusif, lorsqu'il est effectué conformément aux dispositions légales et conventionnelles (le contrat de travail et les conventions collectives)¹⁵⁰³. La société dissoute ne peut néanmoins pas licencier les salariés pour des raisons économiques en s'appuyant uniquement sur le traité de fusion¹⁵⁰⁴.

Dès lors que l'opération de fusion produit ses effets, l'ensemble des salariés de la société qui disparaît est automatiquement soumis au règlement intérieur de la société bénéficiaire, même si ce règlement n'est pas modifié du fait de la fusion¹⁵⁰⁵. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé par sa chambre sociale le 17 mai 2005 qu'« à compter de la fusion-absorption intervenue entre les sociétés Air France et Air Inter Europe, les salariés de l'entreprise absorbée sont soumis de plein droit au statut du personnel de l'entreprise absorbante (...) qui leur est immédiatement applicable »¹⁵⁰⁶.

Les effets de la fusion ne se limitent pas aux seuls contrats de travail, cette opération a également d'autres conséquences sur le statut de ceux-ci.

¹⁴⁹⁹ Même si le contrat de travail était suspendu, pour quelque cause que ce soit, au jour du transfert de l'entreprise, il reste toujours en cours au sens de l'article 1224-1 du Code de travail. Sur le cas d'un salarié victime d'un accident du travail (Cass. soc. 8 fév. 1989, Bull. civ. 1989, V, n° 103), sur le congé parental (Cass. soc. 30 mars 2005, n° 02-47380) et le congé de maladie (Cass. soc. 6 nov. 1991, n° 87-45741).

¹⁵⁰⁰ V. Stulz, Transferts d'entreprises, EFE, éd. 2004, n° 101, p. 79. En ce sens, la Cour de cassation égyptienne a décidé que le transfert de l'entreprise à un nouvel employeur n'a pas pour effet de mettre fin au contrat de travail en cours d'exécution. Le contrat de travail maintient au sein de la nouvelle entreprise comme s'il a été conclu entre le salarié et le nouvel employeur (Cass. com., 14, juin, 1987, n° 1881 ; Cass. com., 20 janv. 1979, n° 0029, cité par I. Alcharbini, Le régime juridique des entreprises créées sous le Code de travail n° 137 du 1981, rev. Egypte contemporain, 1983, n° 393 et 394). Dans le même sens, voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation jordanienne n° 284/95 du 25 mars 1995, cité par F. Basbous, La fusion des sociétés anonymes, préc, p. 196 et s.

¹⁵⁰¹ A. Garat et Ch. Figerou, Les conséquences sociales d'une fusion absorption, Lexbase Hébdéo éd. soc., 2004, n° 114.

¹⁵⁰² A. Alhanafi, préc, n° 335, p. 212. Il ne serait pas une cause légitime, lorsque le licenciement d'un salarié était une condition requise par le repreneur : en ce sens, voir Cass. soc., 27 juin 1995 ; Cass. soc., 5 avr. 1995, RJS 1995, n° 5, com. 497.

¹⁵⁰³ Cass., soc., 28 juin 1978, Bull. civ. V, n° 382 ; JCP 73, IV, 309 ; H. Almasri, La fusion et scission des sociétés, préc, n° 193, p. 323.

¹⁵⁰⁴ S. Niel, La fusion, une opération à haut risque, les cahiers du DRH, avril 2008, n° 142, p. 16.

¹⁵⁰⁵ A. Alhanafi, préc, n° 326, p. 208.

¹⁵⁰⁶ Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-13582, Bull. 2005, V, n° 164, p. 141.

B. Les autres effets sur le statut des salariés

492. L'opération de fusion est susceptible d'exercer, au niveau social, de nombreuses influences sur l'une ou l'autre des sociétés en présence. On peut citer par exemple la question des stocks options ou options sur titres¹⁵⁰⁷, qui permettent à un salarié d'acquérir des actions de son entreprise à un cours fixé¹⁵⁰⁸ (appelé prix d'exercice) et dans un délai déterminé¹⁵⁰⁹. Ces stocks options peuvent exister au sein de l'une ou de l'autre des sociétés participant. Lorsque les plans d'options existent chez la société fondante, le bénéfice des options doit être donné aux salariés de la société fondue qui sont transférés, par l'effet de la fusion, à la société fondante. Si les plans d'options existaient dans la société dissoute, il convient, en l'absence de dispositions particulières, de préciser que ces options doivent être conservées et s'exerceront au sein de la société absorbante en tenant compte de la parité d'échange fixée dans le projet de fusion¹⁵¹⁰. Pour ce faire, le traité de fusion prévoit expressément que l'absorbante vient au lieu et place de l'absorbée pour les engagements souscrits par celle-ci à l'égard des bénéficiaires des stocks options. Ces derniers donneront ainsi droit à des actions de l'absorbante en appliquant au nombre et au prix des actions issues des options la parité d'échange retenue pour l'opération¹⁵¹¹.

493. Il arrive par ailleurs que le salarié soit victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle¹⁵¹². Dans ce cas, les dispositions du Code de travail ne trouvent application dans la mesure où cet accident ou cette maladie survenu ou a été contracté au service d'un autre employeur¹⁵¹³. Néanmoins, cette solution va différemment en matière de fusion. Lorsque le transfert de l'entreprise est effectué en application des articles L. 1224-1 du Code de travail français et 12 du Code de travail syrien, le nouvel employeur est obligé, dans cette hypothèse, de respecter la garantie offerte aux salariés victimes¹⁵¹⁴. De ce fait, le nouvel employeur reste solidairement responsable avec l'ancien employeur des dommages-intérêts

¹⁵⁰⁷ Les stocks options sont régies par les articles L. 225-177 à L. 225-186 du Code de commerce.

¹⁵⁰⁸ Le prix de l'action, au jour où l'option est consentie, ne peut pas être inférieur à 80 % du cours moyen d'achat des actions détenues par la société (art. L. 225-179, al. 2, C. com.).

¹⁵⁰⁹ Ce délai ne peut être supérieur à trente huit mois (art. L. 225-177, al. 1^{er}, C. com.).

¹⁵¹⁰ Voir J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 1002, p. 436.

¹⁵¹¹ M. V. Tandeau et M.-I. Levesque, *Stocks-options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter*, Bull. Joly Sociétés, 1999, n° 7, p. 729.

¹⁵¹² Voir J.-J. Touati, *L. 1224-1 à la loupe, Restructurations et contrats de travail*, éd. Liaisons, 2008, p. 130.

¹⁵¹³ Art. L. 1226-6, C. trav.

¹⁵¹⁴ Cass. soc., 9 juill. 1992, RJS 1992, n° 974 ; voir aussi P. Morvan, *Restructurations en droit social*, préc, n° 231, p. 134 ; A. Alhanafi, préc, n° 488, p. 307.

du salarié victime¹⁵¹⁵. Ce principe de solidarité légale¹⁵¹⁶ s'applique également en cas d'existence, antérieurement au transfert de l'entreprise, des salaires¹⁵¹⁷, congés payés, primes dues¹⁵¹⁸ et des heures supplémentaires¹⁵¹⁹.

Mais les effets de la fusion sur le statut des salariés notamment le transfert du contrat de travail s'appliquent-ils aux accords et conventions collectives des salariés alors que les articles L. 1224-1 du Code de travail français et 12 du Code de travail syrien portent expressément et uniquement sur le transfert des contrats de travail ? Les conventions collectives des salariés sont-ils transmises au nouvel employeur alors que les sociétés intervenantes à la fusion relèvent du secteur économique différent ?

§II. Effets collectifs

494. La réalisation d'une opération de fusion entraîne une série d'influence sur le statut collectif des salariés. Dans ces perspectives, la fusion a des conséquences remarquables sur les conventions collectives (A.) ainsi que sur les organes représentatifs du personnel (B.).

A. La possible continuité des conventions collectives conclues par la société absorbée

495. Il peut arriver que les sociétés participantes à une opération de fusion ne relèvent pas du même secteur économique, ce qui pourrait poser des problèmes en matière de conventions collectives de travail¹⁵²⁰. Il est par ailleurs constant que les accords collectifs ne

¹⁵¹⁵ V. Stulz, Transferts d'entreprises, préc, n° 203, p. 153 ; A. Alhanafi, préc, n° 480, p. 302.

¹⁵¹⁶ En droit français, art. L. 1224-2, C. trav. Et, en droit syrien, art. 12, C. trav.

¹⁵¹⁷ B. Ines, Solidarité entre employeurs successifs et non conformité d'une loi au principe de procès équitable, D. actualité 3 mai 2011 ; C. Puigelier, Paiement des salaires : solidarités des employeurs successifs en cas de transfert d'entreprise, La Semaine Juridique Social, 2011, n° 27.

¹⁵¹⁸ CA Le Caire, n° 1482, 30 avr. 1970 (A. Alhanafi, préc, n° 525, p. 325).

¹⁵¹⁹ Cependant, les dispositions de l'article L. 1224-2 ne trouvent pas application dans la mesure où la modification intervient dans le cadre d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou d'une liquidation judiciaire ou le transfert intervient en dehors de toute convention entre les employeurs successifs.

¹⁵²⁰ Sur les conventions collectives, v. A. Awed, Le précis en droit de travail, éd. La maison de la pensée

sont pas transférés par le jeu des articles L. 1224-1 du Code de travail français et 12 du Code de travail syrien. La jurisprudence française a eu l'occasion de se pencher sur cette question. Il a été décidé que l'article L. 1224-1 du Code du travail ne s'appliquait pas aux droits des salariés résultant des accords collectifs, dans la mesure où le texte ne concerne que la reprise, par la société absorbante, des contrats conclus à titre individuel et exclus, de son champ d'application, le maintien des autres droits découlant d'une convention collective¹⁵²¹.

Cependant, la plupart des conventions collectives écartent cette solution en prévoyant expressément le maintien des droits acquis en matière de fusion pourvu que la société absorbante ou nouvellement créée soit soumise à un accord ou convention collective. La situation diffère donc selon que la société bénéficiaire est soumise à un accord collectif plus favorable que celui antérieurement en vigueur au sein de la société absorbée¹⁵²².

496. Lorsque la société absorbante est soumise à une convention plus favorable que celle qui était en vigueur chez la société dissoute, dans cette hypothèse, cette convention se substitue directement à celle antérieurement en vigueur¹⁵²³. En conséquence, les salariés de la société absorbée profitent de plein droit des avantages de cette convention. Dans le cas contraire, lorsque la convention en vigueur au sein de la société absorbante est moins favorable que celle chez la société absorbée, les dispositions de l'article L. 2261-14 du Code du travail doivent s'appliquer¹⁵²⁴. C'est-à-dire que l'ancienne convention continue de produire ses effets pendant un délai d'un an à compter de l'expiration du délai de préavis de trois mois, sauf clause prévoyant une durée plus longue¹⁵²⁵. Pendant ce délai¹⁵²⁶, les salariés de la société absorbée bénéficient du maintien des droits qu'ils possédaient avant la mise en œuvre de l'opération de fusion¹⁵²⁷. A l'expiration de ces délais, les salariés de la société absorbée soumettent aux prescriptions de l'accord ou de la convention applicable dans la société

universitaire, Egypte, 2001, p. 416.

¹⁵²¹ Cass. soc., 7 juin 1967, Bull. civ. IV, n° 378.

¹⁵²² M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 524, p. 109.

¹⁵²³ D. Gibrila, Transformation, fusion, scission et prorogation de la société, préc, n° 91.

¹⁵²⁴ Fiches pratiques restructuration et droit social, Restructuration et droit social : panorama, févr. 2008, p. 5 et 6. Il n'y pas dans le Code de travail syrien un texte qui correspond à cette disposition. Sur l'application des conventions collectives de la société absorbée, v. H. Alsaghir, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc, p. 598.

¹⁵²⁵ Art. L. 2261-14, al. 1^{er}, C. trav. En revanche, en droit syrien, cette durée maximale de trois ans (art. 193, a, C. trav.). Il paraît en effet que le droit syrien est plus favorable pour les salariés que le droit français sur ce point.

¹⁵²⁶ Ce délai est d'un an (art. L. 2261-14, al. 1^{er}, C. trav.) et trois mois (art. L. 2261-9, al. 2, C. trav. Sur renvoi de l'art. L. 2261-14).

¹⁵²⁷ Voir Cass. soc., 31 janv. 1995, n° 91-41965.

absorbante¹⁵²⁸. Ils conservent toutefois les avantages individuels qu'ils ont acquis en application de l'accord ou de la convention¹⁵²⁹. En ce sens, la Cour de cassation a précisé que « le fait qu'une entreprise soit soumise à un autre accord d'entreprise que celui-ci était applicable dans la société absorbée, ne peut avoir pour effet de priver les salariés passés à son service des avantages découlant de l'accord de l'entreprise applicable à la société absorbée »¹⁵³⁰. La même solution reçoit application lorsque la société issue de la fusion n'est soumise à aucun accord collectif¹⁵³¹. Il faut, enfin, souligner qu'en pratique, lorsqu'il y a une grande disparité entre les conventions collectives auxquelles subordonnent les sociétés parties à l'opération de fusion, les représentants de la société absorbante ou la société nouvelle engageant après la fusion des négociations avec les représentants des salariés pour conclure une nouvelle convention¹⁵³².

En conséquence, il devrait être possible de procéder à une réglementation des droits des salariés résultant des conventions collectives en matière de fusion. Adopter une disposition analogue à celle prévue aux articles L. 1224-1 du Code de travail français et 12 du Code de travail syrien nous semble une solution appropriée, lorsque l'accord collectif de la société absorbée est plus favorable.

Il reste à savoir les conséquences de la fusion sur les organes de représentation du personnel. En raison d'une réglementation différente de ces organes entre le droit français et le droit syrien, il faut en effet établir une distinction.

¹⁵²⁸ S. Koleck-Desautel, Les effets d'une fusion-absorption sur le statut collectif des salariés, Lexabe, Hébdéo éd. soc. 2003, n° 77 ; H. Alsaghir, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc., p. 598.

¹⁵²⁹ Article L. 2261-14, al. 2, C. trav. ; Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45.608.

¹⁵³⁰ Cass. soc., 13 déc. 1988, juris. soc, U.I.M.M., 1989, p. 92, cité par J. Pélissier, Les restructuration d'entreprises et leurs effets sur l'emploi, R.I.D.C, éd. 1990, p. 162.

¹⁵³¹ Cependant, il faut rappeler si aucun accord n'intervient de la part de la société absorbante pendant la durée de quinze mois, les salariés conservent toujours les avantages qu'ils avaient sous l'empire de la convention collective de la société d'origine (Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42962)

¹⁵³² Sur ce point voir Cass. soc., 24 janv. 1996, n° 224 D, RJS 1996, n° 3, com. 315 ; Cass. soc., 16 mars 1999, BC V n° 117, RJS 1999, n° 5, com. 706 ; voir aussi J. Pélissier, Conventions collectives applicables après une restructuration, RJS 1991, n° 1, p. 3 et s ; J. Deprez, Cession d'entreprise et compétition entre convention collectives applicables aux salariés transférés, RJS 1992, n° 7, p. 451 et s.

B. Les effets de la fusion sur les organes représentatifs du personnel

497. La réalisation d'une opération de fusion peut exercer une influence notable sur les organes de représentation du personnel. Cette influence est plus évidente en droit français que le droit syrien, ce qui permet de mettre en évidence la situation entre ces deux systèmes juridiques.

1° En droit français : la modification de nombre des institutions représentatives

498. En droit français, les effets de la fusion diffèrent selon que les institutions représentatives se situent dans la société absorbée ou absorbante. Dans la première hypothèse, la fusion conduit à supprimer les institutions de représentation du personnel (a). Alors que dans la société absorbante, l'opération de fusion entraîne l'augmentation du nombre des membres de ces organes (b).

a) La suppression des organes de représentation du personnel

499. A priori, le comité d'entreprise des sociétés participant à la fusion doit être informé et consulté préalablement à la réalisation de l'opération¹⁵³³. Le comité donne un avis motivé sur la fusion qui doit, sous peine de nullité de délibérations, être communiqué aux assemblées générales des sociétés appelées à se prononcer sur la fusion¹⁵³⁴. Lorsque l'opération de fusion est effectuée, elle emporte nécessairement des conséquences sur les organes représentatifs du personnel, voire la suppression de celles-ci. Quand on parle de la suppression des organes de représentation du personnel, on suscite la société amenée à disparaître du fait de la fusion. L'autonomie juridique des sociétés absorbées disparaît à la suite de la fusion, ce qui amène,

¹⁵³³ Art. L. 2323-19, al. 1^{er}, C. trav.

¹⁵³⁴ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento Sociétés commerciales*, préc, n° 84032.

par conséquence, à faire disparaître les organes représentatifs du personnel¹⁵³⁵. Cette solution résultant de l'article L. 2324-26 du Code du travail qui limite la survie des organes de représentation du personnel lorsque l'entreprise fait l'objet d'une restructuration conformément aux dispositions de l'article L. 1224-1 du Code du travail¹⁵³⁶. Ce principe connaît toutefois une atténuation relative au fonctionnement du comité d'entreprise et au mandat des délégués du personnel ; c'est le fait que la société absorbée devient un établissement¹⁵³⁷, au sens du Code du travail, de la société absorbante. Dans ce cas, le mandat des représentants du comité d'entreprise et celui des délégués du personnel de la société absorbée subsistent jusqu'à leur terme¹⁵³⁸. Néanmoins, l'article L. 2324-26 du Code du travail prévoit que la durée du mandat des membres élus peut être prorogée ou réduite par un accord entre le nouvel employeur (la société absorbante) et les institutions représentatives du personnel de la société absorbée¹⁵³⁹.

500. Lorsque la société absorbée possède du comité central d'entreprise, l'article L. 2327-11 du Code du travail précise que ce comité ne persiste pas en fonctions puisque l'entreprise (la société absorbée) a perdu son autonomie juridique. Cependant, si les établissements distincts de la société absorbée conservent leur existence dans la société absorbante, ils peuvent être représentés par leurs représentants au comité central de la société absorbante pendant un an à compter de la réalisation de la fusion¹⁵⁴⁰. Pendant cette durée, le nombre des représentants au comité de l'entreprise d'accueil peut dépasser le plafond fixé par l'article L. 2327-3 du Code du travail pour les représentants au comité d'entreprise¹⁵⁴¹.

Par voie de conséquence, la fusion a pour effet de faire augmenter le nombre des organes représentatifs du personnel de la société absorbante.

¹⁵³⁵ D. Gibirila, *Transformation, fusion, scission et prorogation*, préc., n° 92.

¹⁵³⁶ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc., n° 1004, p. 437.

¹⁵³⁷ Pour la mise en place d'un délégué du personnel, la notion de l'établissement se caractérise par l'existence d'une « communauté de travail ayant des intérêts propres, susceptible de générer des réclamations communes et spécifiques et travaillant sous la direction d'un représentant de l'employeur, peut important que celui-ci ait le pouvoir de se prononcer sur ces réclamations » (Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 02-60628). En revanche, pour le comité d'entreprise, le concept d'établissement se contente de l'existence d'une activité distincte et la présence d'un chef d'établissement ayant des pouvoirs de direction afin d'assurer le fonctionnement du comité (F. Favennec-Héry et P.-Y. Verkindt, *Droit du travail*, Lextenso, 4^e éd. 2012, n° 266 ; L. Pecaut Rivoirier, *La notion d'établissement distinct et le droit de représentation du personnel*, JCP S 2012, 1305 ; G. Borenfreund, *La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins*, RTD 2011, p. 24).

¹⁵³⁸ M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc., n° 528, p. 110.

¹⁵³⁹ P. Morvan, *Restructurations en droit social*, préc., n° 529, p. 314.

¹⁵⁴⁰ En ce sens, voir Cass. soc., 15 mai 2002, n° 1647 FD, JSL 2002, n° 108, p. 23 ; Cass. soc., févr. 1998, BC V n° 601, RJS 1998, n° 3, com. 327.

¹⁵⁴¹ Le nombre des représentants du comité d'entreprise est déterminé par décret en Conseil d'Etat.

b) L'augmentation du nombre des membres des organes représentatifs du personnel ou la création de nouveaux organes

501. La réalisation d'une fusion implique une importante modification des organes de représentation du personnel au sein de la société absorbante. Il en résulte que la composition de ces organes sera soumise au système du seuil, au regard du droit du travail, calculé sur la base du nombre des salariés de l'entreprise¹⁵⁴². La fusion-absorption peut conduire à franchir les seuils déterminés par le droit du travail et plus précisément le nombre de seuils de la représentation du personnel¹⁵⁴³. Autrement dit, l'opération de fusion est susceptible d'augmenter l'effectif de la société absorbante. En effet, lorsque la société absorbante dépasse le seuil de quinze salariés, l'institution d'un délégué du personnel est requise¹⁵⁴⁴. Lorsque la société absorbante dépasse le seuil de cinquante salariés, la mise en place de la participation des salariés aux résultats de l'entreprise devient obligatoire. Il en va de même de l'instauration d'un comité d'entreprise¹⁵⁴⁵, la désignation des délégués syndicaux et la création d'un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions du travail. Ainsi, lorsque la société absorbante vient à dépasser le seuil de deux cent salariés, elle sera obligée de créer une commission chargée de la formation professionnelle au sein du comité d'entreprise¹⁵⁴⁶. De même, une commission économique au sein du comité d'entreprise ou du comité central d'entreprise devra être créée dès lors que la société absorbante dépasse le seuil de mille salariés¹⁵⁴⁷. Il en va de même de la constitution d'un délégué syndical central lorsque la société absorbante dépasse le seuil de deux mille salariés¹⁵⁴⁸. D'ailleurs, indépendamment de ces seuils, l'augmentation de l'effectif de l'entreprise est susceptible d'exercer une influence sur le nombre de représentants au sein de ces différentes institutions. Par exemple, le nombre des représentants au comité d'entreprise ou des délégués du personnel est en fonction de l'effectif. La société absorbante doit donc procéder à des désignations complémentaires¹⁵⁴⁹. Lorsque l'opération de fusion se réalise par création d'une société nouvelle, les institutions représentatives du personnel

¹⁵⁴² Sur l'augmentation du nombre des membres des instances représentatives du personnel de la société absorbante, voir D. Gibirila, Transformation, fusion, scission et prorogation, préc, n° 92.

¹⁵⁴³ M. Cozain, A. Viandier et F. Deboissy, Droit des sociétés, préc, n° 1713.

¹⁵⁴⁴ Art. 2312-1, C. trav.

¹⁵⁴⁵ Art. 2322-1, C. trav.

¹⁵⁴⁶ Art. 2325-26, C. trav.

¹⁵⁴⁷ Art. L. 2325-23, C. trav.

¹⁵⁴⁸ Art. L. 2143-5, C. trav.

¹⁵⁴⁹ A. Garat et Ch. Figerou, Les conséquences sociales d'une fusion absorption, préc.

devront être installées directement en fonction des effectifs atteints par cette société¹⁵⁵⁰.

Ces solutions n'ont pas été envisagées par le législateur syrien. Il est en conséquence nécessaire de recourir au droit comparé, notamment le droit égyptien qui régit les institutions représentatives de la même manière que le droit syrien, qui a apporté une solution en la matière.

2° L'absence de solution en droit syrien : le recours au droit comparé

502. En raison de la différence substantielle entre le droit français et le droit syrien quant à la réglementation des institutions représentatives du salarié, il faut avancer certaines règles générales. En droit syrien, en droit de travail, la loi syndicale autorise la constitution d'un comité syndical dans l'entreprise¹⁵⁵¹, doté de la personnalité juridique¹⁵⁵². Les travailleurs élisent à cet effet, en suffrage secret, un bureau de cinq membres¹⁵⁵³. Le comité syndical fournit au syndicat les informations nécessaires de la situation et de la performance des salariés, le niveau des salaires, de la production et les conditions du travail¹⁵⁵⁴. Le syndicat représente les salariés : il défend leurs droits et veille à leurs intérêts financiers et à leur situation médicale, morale et culturelle¹⁵⁵⁵. Il négocie également les conditions de travail et la conclusion des contrats, au nom des salariés, avec l'employeur¹⁵⁵⁶. Le comité jouit de la personnalité juridique et dispose des biens corporels et incorporels afin de réaliser ses objectifs¹⁵⁵⁷. La loi syndicale assure au salarié la libre adhésion au syndicat sur une demande déposée auprès du bureau du comité syndical¹⁵⁵⁸. Le syndicat est dirigé par un bureau

¹⁵⁵⁰ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 534, p. 112.

¹⁵⁵¹ Art. 2 du décret législatif n° 25 du 10 décembre 2000 modifiant la loi de l'organisation syndicale n° 84 du 28 août 1968.

¹⁵⁵² Art. 13, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁵³ Art. 15, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁵⁴ Art. 14, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁵⁵ Art. 17, d, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁵⁶ Art. 18, a, 2, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000. Voir également G. Ibrahim, Représentation syndicale et transition libérale en Egypte, Rev. Egypte monde arabe, 1998, 1^{er} série, n° 33, § 4, disponible sur le site ema.revues.org/1586.

¹⁵⁵⁷ Art. 18, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁵⁸ Art. 23 et 26, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000. Sur la liberté syndicale, voir M. Alwakil, Le rôle de la juridiction administrative et constitutionnelle dans l'établissement de la société civile, 1^{er} éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2009, p. 549.

composé de cinq à neuf membres¹⁵⁵⁹ élu par la conférence de syndicat¹⁵⁶⁰. Lorsque l'entreprise est transférée à un nouvel employeur, les organes de représentation du personnel de celle-ci se trouvent-ils transférés à l'entreprise absorbante lors de la fusion ou ils se dissolvent de plein droit.

503. A posteriori, il faut préciser que les membres de l'organisation syndicale sont des travailleurs représentant les salariés de leur entreprise. Leur qualité en tant que membres disparaît de plein droit en cas de décès, licenciement, démission, etc.¹⁵⁶¹.... La dissolution de l'entreprise du fait de la fusion n'a pas été donc envisagée comme une cause de suppression de l'organe de représentation. En revanche, cette question a été prise en considération par le législateur égyptien. La loi des organisations syndicales n° 12 du 1995 a eu l'occasion de se pencher sur ce point. L'article 2 précise qu'en cas de suppression ou de dissolution de la personnalité morale de l'organisation syndicale, leurs biens mobiliers et immobiliers se transfèrent à l'organisation syndicale supérieure¹⁵⁶². Cependant, la fusion du comité syndical fait exception à la règle. L'article 2 de la loi n° 12 du 1995 ajoute que la fusion du comité syndical du siège de l'organisation syndicale avec un autre comité n'a pas pour conséquence de supprimer de celui-ci. Les biens et immeubles de l'organisation syndicale du comité absorbé sont transmis à l'organisation syndicale du comité absorbant. Au surplus, la loi syndicale autorise le transfert de l'adhésion du salarié au comité auquel il est transféré où il garde son adhésion au sein de l'organisation syndicale du comité bénéficiaire du transfert¹⁵⁶³. En effet, on peut considérer que, même en l'absence de disposition particulière, cette solution doit être retenue en droit syrien notamment que les lois syndicales dans les deux pays sont similaires. La fusion amène donc, en droit syrien, à la dissolution du comité syndical de la société absorbée et le transfert de l'adhésion de ses membres au comité syndical de la société absorbante. Par voie de conséquence, la fusion est susceptible de réorganiser les organes représentatifs du personnel de la société absorbante dans la mesure qu'ils soient compatibles avec les dispositions de la loi syndicale¹⁵⁶⁴.

¹⁵⁵⁹ Art. 44, a et 45, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁶⁰ La conférence de syndicat est l'organe supérieur du syndicat, ayant l'habilité de prendre les décisions permettant de réaliser ses objectifs (Art. 39, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000). Elle est composée de tous les membres des bureaux des comités syndicaux sur le niveau de la ville (Art. 40, a, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000).

¹⁵⁶¹ Art. 30, décret législatif n° 25 du 10 déc. 2000.

¹⁵⁶² Art. 2, al. 1^{er} de la loi des organisations syndicales n° 12 du 29 mars 1995 modifiant l'article 71 de la loi n° 35 du 1976.

¹⁵⁶³ Art. 22 de la loi n° 35 du 1976 ; H. Alsaghir, *Le régime juridique de la fusion des sociétés*, préc, p. 598 et s.

¹⁵⁶⁴ Sur ce point, voir A. Mehrez, *La fusion des sociétés du point de vue juridique*, préc, n° 178, p. 292 et s.

504. Conclusion de la section III. Les effets de la fusion sur les salariés est une question essentielle du fait de la multiplication de ces effets. Le droit français et le droit syrien adopte une position identique quant aux effets individuels de la fusion sur les salariés. Les articles 1224-1 du Code de travail français et 12 du Code de travail syrien apportent le principe du maintien des contrats de travail et les droits qui en découlent, peu important leur nature. Cela devrait être, même en l'absence d'une disposition explicite, également pour les conventions collectives dans la mesure où elles sont favorables. Faute de quoi, les dispositions de l'article L. 2261-14 du Code de travail français devraient être prises en compte par les rédacteurs de la législation syrienne. La modification du nombre des organes de représentation du personnel des sociétés parties est une question particulière du droit français. L'augmentation de nombre de ces institutions est en fonction de l'effectif de l'entreprise absorbante. Jusqu'à l'heure actuelle, cette question n'a pas été réglée en droit syrien. Il appartient alors au législateur de remédier à cette lacune une solution en prenant en considération les règles générales applicables en droit français.

505. Conclusion du chapitre I. Dans ce chapitre, il a été établi que la fusion entraîne des effets concrètement divers à l'égard des parties prenantes « stakeholders ». L'étude de ces effets a affirmé l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français. Le droit français a été toujours le premier en adoptant des solutions propres qui correspondent à l'évolution du droit des sociétés en matière de fusion. En cas d'absence de solution législative, la doctrine et la jurisprudence forment un atout pour combler le vide juridique. En contrepartie, le droit syrien manque toujours de dispositions particulières, ce qui nous amène à recourir, pour la plupart du temps, au droit commun. Dans ces conditions, même si on regrette qu'il soit réservé aux sociétés anonymes, le Code de commerce français accorde à la société absorbante la possibilité d'augmenter lors de la fusion le nombre des membres du conseil d'administration. En l'absence de dispositions régissant la situation des dirigeants en droit syrien, on peut faire valoir que l'adoption de telle solution ne sera que souhaitée. De la même manière, le fait que les associés deviennent de plein droit associés de la société absorbante n'est que le résultat de l'application d'une règle générale. Cette situation n'est pas en conséquence prévue d'une manière expresse par le Code des sociétés, alors qu'elle a été adoptée par l'article L. 236-1 du Code de commerce français. Ce dernier leur a en plus accordé un complément de rémunération dans la limite de 10 % des titres attribués. Lorsque

ceux-ci sont titulaires des titres particuliers, ils ne risquent pas de perdre leurs avantages du fait de la fusion, ils les retrouvent au sein de la société absorbante. Faute de quoi, l'opération est soumise à la consultation de l'assemblée spéciale. Cette protection renforcée n'est pas à la portée des associés en droit syrien. Le seul moyen pour traiter cette question est de recourir aux principes du droit commun, alors qu'il est possible d'adopter des solutions analogues à celles retenues en droit français. L'idée de l'autonomie du droit syrien n'est pas toutefois totale. Le Code de travail français et syrien adopte une solution identique quant au maintien des contrats de travail, quelque soit leur nature, par la société absorbante. Cela devrait inviter le législateur syrien à adopter des textes relatifs à la modification des institutions représentatives du personnel de la société absorbante.

Par voie de conséquence, il appartient au législateur syrien de prendre en considération l'importance et la particularité de l'opération de fusion et s'écarter des règles de droit commun. C'est à lui qu'il incombe de mettre fin aux lacunes textuelles soit en les comblant de manière diligente soit en adoptant une nouvelle réglementation qui permet d'éviter toutes ces lacunes. Il en va de même pour la situation des créanciers et la situation fiscale des sociétés parties à la fusion.

CHAPITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION À L'ÉGARD DES TIERS EXTERNES AUX SOCIÉTÉS PARTIES À L'ACTE

506. L'expression des tiers externes des sociétés parties à l'acte désigne les personnes qui sont dehors les sociétés en cause car ils ne font pas partie à la vie sociale de celles-ci. Ce genre des tiers se regroupe en deux catégories : la première concerne les ayants causes des sociétés intervenantes à la fusion, alors que la deuxième s'agit de l'administration fiscale. Ces tiers sont susceptibles d'être affectés par la mise en place de l'opération de fusion dans la mesure où elle produit des conséquences sur les créanciers contractants avec les sociétés en cause en modifiant leurs droits (**Section I**). De même, cette opération de restructuration a d'importantes conséquences sur le régime fiscal applicable sur les sociétés commerciales. C'est-à-dire, la fusion a des conséquences variables et concrètes sur l'administration fiscale, qui est tout à fait étrangère à l'opération envisagée, désignée sous, selon l'expression latine, *les penitus extranei*¹⁵⁶⁵(**Section II**).

¹⁵⁶⁵ S. Bar et C. Alter, Les effets du contrat, éd. Kluwer, 2006, n° 63, p. 32.

Section I. Les effets de la fusion à l'égard des créanciers sociaux

507. La transmission universelle du patrimoine issue de la fusion a d'importantes conséquences sur la situation des créanciers sociaux. Le transfert du passif de la société absorbée s'opère de plein droit à la société absorbante. Toutefois, cette transmission du passif soulève des difficultés particulières. Puisque le patrimoine de la société absorbée est considéré comme gage des créanciers de cette société, il n'y aura pas d'avantage pour ces derniers de devenir des créanciers de la société bénéficiaire car la société absorbée a totalement disparu. De plus, les créanciers de la société bénéficiaire souhaitent éviter d'être en concours, sur le patrimoine de cette dernière, avec les créanciers de la société dissoute. Pour ces raisons, la loi sur les sociétés commerciales envisage d'accorder une protection particulière aux créanciers sociaux. En droit français, puisque les titres que les sociétés les émettent sont multiples, le législateur exige une organisation de ces titres lors de leur émission, ainsi qu'une protection accordée aux titulaires potentiels de ceux-ci dès lors que la société émettrice fait l'objet d'une fusion. Pour chaque catégorie des créanciers, le législateur français a organisé une protection particulière mais elle ne concerne que certaines types de sociétés (§I), alors qu'une protection générale applicable sur tous les créanciers a été envisagée par le législateur syrien (§II).

§I. En droit français : la relativité des textes spécifiques

508. La transmission universelle de patrimoine a pour conséquence de modifier la situation des créanciers en tant qu'ayant cause des sociétés participantes à la fusion. Il est en effet impératif de les protéger. En droit français, pour que la fusion ne porte pas atteinte aux droits des créanciers, la protection accordée par le législateur diffère selon que les créanciers en cause sont des créanciers ordinaires ou des créanciers obligataires. Cependant, cette protection est relative car, quant aux premiers, elle concerne certaines formes de sociétés de capitaux (A.) et, quant aux créanciers obligataires (B.), elle est accordée aux seuls obligataires ordinaires.

A. La relativité de la protection des créanciers ordinaires

509. Lorsque le patrimoine, le gage des créanciers, de la société absorbée se transmet à la société absorbante, la question se pose de savoir si les créances sont-elles comprises dans le patrimoine transmis ? Autrement formulé, les créanciers de la société absorbée deviennent-ils de plein droit des créanciers de la société absorbante (1°). S'il est le cas, ceux-ci disposent-ils d'un droit d'opposition à l'opération projetée dès lors que la fusion a pour conséquence de compromettre leur droit de gage général (2°).

1° L'effet substitutif : la transmission de plein droit des dettes

510. Les droits des créanciers ordinaires sont précisés dans l'article L. 236-14 du Code de commerce. Selon ce texte, la société absorbante devient débitrice des créanciers non obligataires de la société absorbée au lieu et à la place de celle-ci, sans que cette substitution entraîne novation à l'égard de ces créanciers. Cette règle est, en principe, applicable aux fusions opérées entre les sociétés anonymes¹⁵⁶⁶. Mais, elle est également applicable aux opérations de fusion réalisées entre deux sociétés à responsabilité limitée¹⁵⁶⁷, ainsi que aux celles-ci opérées entre des sociétés anonymes et SARL¹⁵⁶⁸. Le principe de la transmission de plein droit des dettes est soumis, même si le texte susmentionné ne le précise pas expressément, à la publication du projet de fusion¹⁵⁶⁹. En effet, le projet de fusion non publié demeure inopposable aux créanciers sociaux.

La substitution du débiteur qui résulte de l'opération de fusion se fait donc de plein droit sans qu'elle emporte novation des dettes transférées. Ces dernières ne peuvent être modifiées sans l'accord du créancier. Cette substitution se réalise de la même manière lorsque l'opération de fusion a lieu par création de société nouvelle. Les dettes sont transmises dans

¹⁵⁶⁶ Art. L. 236-8, C. com. Ce principe s'applique également aux sociétés en commandite simple (art. L. 226-1, al. 2, C. com.) et aux sociétés par actions simplifiées (art. L. 227-1, al. 3, C. com.).

¹⁵⁶⁷ Art. L. 236-23, al. 1^{er}, C. com.

¹⁵⁶⁸ Art. L. 236-2, al. 2, C. com.

¹⁵⁶⁹ CA Paris, 24 mai 1984, BRDA 1984, n° 15, p. 18 ; voir aussi J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc., n° 1019, p. 447 ; M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc., n° 254, p. 108.

l'état ou elles se trouvent et l'absence du caractère novatoire permet de conserver les garanties dont les dettes sont assorties. Cela vaut pour la caution dont bénéficie la créance : elle reste maintenue et la fusion n'a pas pour effet de l'éteindre¹⁵⁷⁰. Il en va de même des garanties hypothécaires. Cependant, cette règle reçoit-elle application si la dette n'était pas exigible au moment de la réalisation de la fusion ?

511. À première vue, il nous semble que la dette doit être exigible, au plus tard, au jour de la fusion pour que celle-ci soit comprise dans le patrimoine transmis. Faute de quoi, la dette est exclue du champ d'application de l'article L. 236-14 du Code de commerce. Mais la jurisprudence a une version différente. Elle a précisé, à plusieurs reprises, qu'il suffit que la dette soit née avant la réalisation de la fusion, peu important que celle-ci n'ait pas été exigible à cette date¹⁵⁷¹. La dette est donc comprise dans la transmission universelle du patrimoine à la société absorbante même si son exigibilité prend effet après la réalisation de la fusion. Cependant, la caution ne garantit pas les dettes nées postérieurement à la fusion sauf en cas d'engagement spécial a été pris par la caution. Dans ce sens, la Cour de cassation a jugé le 16 septembre 2014 que « l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion en cas de manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante »¹⁵⁷².

L'approbation de l'opération de fusion ne fait pas naître un droit à remboursement immédiat au profit des créanciers sociaux¹⁵⁷³. Toutefois, une convention conclue entre le créancier et la société en présence prévoyant le droit de remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion est autorisé par le Code du commerce¹⁵⁷⁴. Même si les dettes ne disparaissent pas du fait de la fusion, les créanciers sociaux bénéficient d'un droit d'opposition à l'opération de fusion lorsqu'ils voient cette dernière a pour conséquence d'altérer leurs droits.

¹⁵⁷⁰ Sur ce point, voir Cass. com., 17 oct. 1978, Rev. sociétés 1978, n° 846 ; Cass. com., 22 janv. 1985 : JCP 1986, II, 20591.

¹⁵⁷¹ Cass. com., 16 oct. 2001, n° 1745, BRDA 23/01, inf. 4 ; Cass. com., 4 juin 2002, n° 98-23280, JCP G 2003, n° 14, p. 616, note Ph. Simler et Ph. Delebecque ; Cass. com., 21 janv. 2003, n° 97-13027, Bull. civ. IV, n° 9, Bull. Joly Sociétés 2003, § 83, note P. Scholer ; Cass. com., 8 nov. 2005, préc.

¹⁵⁷² Cass. com., 16 sep. 2014, préc ; D. 2014, p. 1873 ; L'essentiel Droit des contrats 2014, n° 9, p. 2, note, N. Leblond. Sur ce point, voir aussi Cass. com., 30 juin 2009, préc ; Cass. com., 25 oct. 1983, Rev. soc. 1984, 297 ; Cass, 3^e civ., 16 fév. 2000 : Droit des sociétés 2000, n° 78, note D. Vidal ; JCP éd. 2000, p. 1386.

¹⁵⁷³ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 592, p. 114.

¹⁵⁷⁴ Art. L. 236-14, al. 5, C. com.

2° Le droit d'opposition accordé aux créanciers sociaux

512. La loi sur les sociétés commerciales a reconnu aux créanciers non obligataires un droit d'opposition sur l'opération de fusion. Ce droit permet aux créanciers sociaux de préserver les garanties leur sont accordées par la société absorbée, ainsi que les prérogatives des créanciers de la société absorbante. Mais cette garantie est réservée aux créanciers de certaines formes de sociétés (a). Il convient donc de préciser quels sont les créanciers qui bénéficient de ce droit avant de s'interroger sur l'exercice de cet avantage (b).

a) La relativité de la liste des créanciers investis du droit d'opposition

513. Contrairement au droit syrien, le législateur français a précisé une liste dont bénéficient les créanciers pouvant former opposition à la fusion. C'est-à-dire que certains créanciers dont la liste précise la date de naissance de leur créance peuvent se prévaloir du droit d'opposition. Ce droit est attribué aux créanciers de toutes les sociétés parties à l'opération de la fusion. En d'autres termes, le droit d'opposition est accordé aux créanciers non obligataires de la société absorbée et ceux de la société absorbante¹⁵⁷⁵. Les objectifs recherchés par les créanciers des sociétés participantes sont néanmoins différents ; les créanciers de la société qui disparaît exercent ce droit pour éviter que leur gage soit mis en danger par l'opération envisagée, tandis que ceux de la société bénéficiaire souhaitent éviter d'entrer en concours avec les créanciers de la société qui disparaît¹⁵⁷⁶.

514. Afin que les créanciers puissent exercer leur droit d'opposition, il faut que leur créance soit née avant la publicité du projet de fusion au BODACC ou au BALO si la société fait offre au public¹⁵⁷⁷. La jurisprudence ajoute à cette condition d'autres exigences. Elle décide que le droit d'opposition n'est accordé qu'aux créanciers investis d'une créance de somme d'argent certaine, liquide et exigible. A défaut, l'opposition formée par les créanciers

¹⁵⁷⁵ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc., n° 83951.

¹⁵⁷⁶ M. Germain, *L'opposition en droit des sociétés*, *Pet. aff.* 2007, n° 68, p. 21.

¹⁵⁷⁷ Art. R. 236-2, *C. com.*

sera irrecevable¹⁵⁷⁸. Cela signifie que les obligations de faire¹⁵⁷⁹ et les créances n'étant pas liquidées sont exclus du champ d'application de l'article L. 236-14 du Code de commerce¹⁵⁸⁰. Les titulaires de créances de somme d'argent échues et d'un montant connu sont uniquement concernés par la protection accordée par le législateur¹⁵⁸¹. La jurisprudence de la Cour de cassation restreint, en effet, de manière considérable la portée du droit d'opposition alors que le texte exige seulement que la créance doit être antérieure à la publicité du projet de fusion. Être titulaire d'une créance liquide et exigible, une condition jurisprudentielle n'étant pas explicitement imposée par l'article L. 236-14 du Code de commerce. De plus, cette solution n'est pas en conformité avec les dispositions de l'article 13-1 de la directive n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil¹⁵⁸² qui oblige les Etats membres à établir « un système de protection adéquat des intérêts des créanciers des sociétés qui fusionnent pour les créances nées antérieurement à la publication du projet de fusion et non encore échues au moment de cette publication ». Or, le champ d'application de l'article L. 236-14 du Code de commerce doit être étendu à toute créance peu importe son objet.

Les créanciers titulaires du droit d'opposition en bénéficient sur un pied d'égalité sans distinguer entre les créanciers privilégiés et les créanciers chirographaires. Mais, aux termes de l'article L. 236-14 du Code de commerce, ce droit d'opposition est ouvert lorsque les opérations de fusion sont effectuées entre les sociétés anonymes ou entre les SARL. De ce fait, est-il possible d'étendre le champ d'application de ce droit aux créanciers des sociétés à responsabilité illimitée ? En d'autres termes, les créanciers sociaux des sociétés commerciales, autres que les sociétés anonymes et les SARL, peuvent-ils prétendre à l'opposition à la fusion lors de la transmission de leur créance ?

515. À priori, le droit de s'opposer à la fusion est prévu aux articles L. 236-14 et suivants du Code de commerce qui sont considérées comme dispositions particulières aux sociétés anonymes. Les créanciers sociaux de ces dernières bénéficient de cette faculté

¹⁵⁷⁸ Cass. com., 16 juill. 1985 : Bull. com. IV, n° 181 ; Cass. com., 15 juill. 1992, n° 90-16409 : RTD com. 1992, p. 335, note M. Jeantin ; Bull. Joly 1992, p. 1111, note P. Le Canu et B. Caillaud ; Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14549 : RJDA 6/04, n° 712.

¹⁵⁷⁹ E. Alfandari et M. Jeantin, Fusion de coopératives. Domaine d'application du droit d'opposition, RTD com. 1993, p. 335.

¹⁵⁸⁰ Dans ce sens, la Cour de cassation avait jugé que « une astreinte ne donne naissance à une créance de somme d'argent effective et exigible que du jour où elle est liquidée et où elle est devenue exécutoire » (cass. com., 15 juill. 1992, préc.).

¹⁵⁸¹ F. Xavier Testu, Transmission du contrat, D. 2010, n° 102.05.

¹⁵⁸² V. directive n° 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011 concernant les fusions des sociétés anonymes (JOEU, L 110/1, 29 avr. 2011).

conformément aux dispositions de l'article L. 236-14 du Code de commerce. Les dispositions de cet article sont également applicables aux fusions des sociétés à responsabilité limitée en application de l'article L. 236-23 du Code de commerce. Ainsi, l'article 1844-4 du Code civil relatif à la fusion des sociétés de forme différente n'a rien précisé sur ce point : il n'a ni autorisé ni interdit expressément aux créanciers le droit de s'opposer à l'opération de fusion. Dans le silence de la loi, est-il logique de priver les créanciers des sociétés à risque illimité de la protection organisée par l'article L. 236-14 du Code de commerce, alors que cette protection ne leur est pas explicitement prohibée. Est-il concevable d'interdire cette faculté aux créanciers des autres sociétés commerciales alors que le Code de commerce l'admet aux bailleurs des sociétés absorbées, y compris les sociétés de personne. Aux termes de l'article R. 236-10 du Code de commerce, les bailleurs de locaux loués aux sociétés absorbées peuvent également former opposition à la fusion, dans les conditions prévues au premier alinéa de l'article R. 236-8 du Code de commerce¹⁵⁸³. Ce dernier concerne les conditions de mise en œuvre du droit d'opposition prévu à l'article L. 236-14 du Code de commerce. Cet article figure au chapitre VI, du Code de commerce relatif à la fusion, du titre III portant sur les dispositions communes aux diverses sociétés commerciales. En conséquence, les bailleurs créanciers des sociétés de personne bénéficient du droit d'opposition réservé aux sociétés de capitaux par application de l'article L. 236-14 alinéa 2 du Code de commerce. Dans cette optique, la Cour de cassation est, elle-même, favorable pour l'extension du champ d'application de l'article L. 236-14 du Code de commerce. Dans une affaire concernant des caisses de crédit agricole¹⁵⁸⁴, la chambre commerciale confirme que, dans le silence de la loi fixant leur statut, « il n'est pas interdit à celles-ci de permettre aux créanciers de faire valoir leurs droits en mettant en œuvre l'opposition prévue à l'article 381 de la loi du 24 juillet 1966 (devenu l'article L. 236-14 du Code de commerce) sur les sociétés commerciales »¹⁵⁸⁵. La solution dégagée par la Cour suprême nous paraît opportune dans la mesure où elle permet d'assurer une protection aux créanciers sociaux des autres sociétés commerciales contre toute altération de leurs droits. Elle permet de remédier l'insuffisance de l'article 1844-4 du Code civil qui se limite à énoncer le principe de fusion sans établir un régime commun de protection en faveur des créanciers¹⁵⁸⁶. Comme l'indiquent Messieurs Caillaud et Le Cannu, « *il est souhaitable d'assurer aux partenaires des entités fusionnantes une protection*

¹⁵⁸³ J. Debeaurain, Guide des baux commerciaux, éd. edilaix, 2013, n° 215.44, p. 2213.

¹⁵⁸⁴ Les caisses locales et régionales de crédit agricole sont des sociétés coopératives (art. L. 512-20, al. 3, C. mon. et fin.) soumises au Code monétaire et financier.

¹⁵⁸⁵ Cass. com., 15 juill. 1992, préc.

¹⁵⁸⁶ M.-L. Coquelet, La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés, préc, n° 353, p. 229.

comparable à celle qu'obtiennent les partenaires des sociétés anonymes ou des sociétés à responsabilité limitée »¹⁵⁸⁷. En effet, il sera inéquitable de reconnaître le droit d'opposition à certaines catégories des créanciers, alors que celui-ci est, à l'instant même, nié pour d'autres.

Pour récapituler, en l'absence de textes spécifiques, les sociétés commerciales, autres les sociétés anonymes et les sociétés à responsabilité limitée, ont la possibilité de permettre à leurs créanciers sociaux de bénéficier d'une protection spéciale similaire à celle prévue à l'article L. 236-14 du Code de commerce. À chaque fois la licéité de la fusion admise, les sociétés parties peuvent soumettre volontairement leur opération aux dispositions de ce texte. Faute de quoi, les créanciers peuvent recourir à l'action paulienne du droit commun des obligations pour garantir la protection de leurs droits.

Une fois que les créances étaient antérieures à la publication du projet de fusion, les créanciers peuvent s'opposer à l'opération de fusion. Pour ce faire, le législateur a mis en place des dispositions particulières permettant aux créanciers sociaux d'exercer leur droit.

b) La mise en œuvre du droit d'opposition

516. Les créanciers disposant du droit d'opposition doivent exercer leur droit dans un délai de trente jours à partir de la dernière insertion du projet de fusion dans au BODACC¹⁵⁸⁸. Si les actions de l'une au moins des sociétés parties à la fusion sont admises aux négociations sur un marché réglementé, il s'agit, en outre, d'une insertion au BALO¹⁵⁸⁹. Ce délai est impératif : lorsqu'il est expiré, l'opposition formée par les créanciers ne sera cependant recevable¹⁵⁹⁰. Dans ces perspectives, l'opération de fusion devait être régulièrement publiée¹⁵⁹¹. Il a été jugé que si l'avis du projet de fusion a été inséré d'une façon irrégulière,

¹⁵⁸⁷ B. Caillaud et P. Le Cannu, Fusions : soumission volontaire à la loi de 1966, et droit d'opposition des créanciers, Bull. Joly Sociétés 1992, n° 10, p. 1111.

¹⁵⁸⁸ E. Buttet, Fusion de deux sociétés anonymes par absorption de l'une par l'autre. Aperçu des opérations et calendrier, Bull. Joly Sociétés 1988, n° 10, p. 731.

¹⁵⁸⁹ Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15987, Bull. 1996, IV, n° 161, p. 140 ; CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 22 janv. 1998, Dr. sociétés juin 1998, n° 95, obs. D. Vidal.

¹⁵⁹⁰ CA Paris, 3e ch., sect. B, 6 déc. 1984, Bull. 1985, 322 ; Bull. Joly Sociétés 1985, p. 322.

¹⁵⁹¹ Dans ce sens, la Cour de cassation a retenu que « l'absence de preuve du dépôt préalable du projet de fusion au greffe du tribunal de commerce, ce dont il résultait que les publications légales relatives à l'opération de fusion-absorption n'avaient pas été régulièrement effectuées » (Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-

cela empêche de faire courir le délai d'opposition accordé aux créanciers¹⁵⁹². Les créanciers doivent former leur opposition devant le tribunal de commerce¹⁵⁹³ du siège social de la société avec laquelle ils ont un lien de droit ; c'est dire, la société débitrice¹⁵⁹⁴. Le tribunal saisi ne peut pas en effet remettre en cause la dissolution de la société appelée à disparaître et le transfert à titre universel du patrimoine qui en découle. Cela revient à dire que la période de rétroactivité ne peut pas être modifiée par l'opposition formée par les créanciers¹⁵⁹⁵. L'exercice du droit d'opposition n'a pas donc pour effet de mettre un obstacle à la poursuite du processus de fusion¹⁵⁹⁶.

517. Le président du tribunal de commerce dispose d'un pouvoir d'appréciation par rapport à l'opposition formée à l'opération de fusion. Si l'opposition n'est pas fondée, soit parce que la créance n'est pas certaine, liquide et exigible avant la publicité du projet, ou bien soit le juge estime que le créancier n'a pas intérêt à opposer, la fusion continue à poursuivre normalement¹⁵⁹⁷. Lorsque le juge estime que cette opposition est bien fondée, il peut ordonner le remboursement immédiat de la créance¹⁵⁹⁸. Cette possibilité est toutefois écartée lorsque la société bénéficiaire offre des garanties suffisantes au profit des créanciers pour sauvegarder leurs droits. Le tribunal estime si les garanties offertes par la société absorbante sont suffisantes ou non. Mais il ne peut pas imposer à cette société de constituer des garanties. Autrement dit, il faut que les garanties soient spontanément offertes. Dans ces conditions, le juge peut imposer le remboursement immédiat des créances soit parce que la société absorbante n'a pas offert volontairement des garanties, soit parce que les garanties ont été jugées insuffisantes¹⁵⁹⁹.

518. Dans le cas où la société ne rembourse pas immédiatement les créances aux opposants ou ne constitue pas des garanties, l'opération de fusion serait inopposable aux

15977, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 399, obs. A. Couret).

¹⁵⁹² Cass. com., 4 juin 1996, préc. RJDA 1996, n° 10.

¹⁵⁹³ Art. R. 236-8, al. 3, C. com.

¹⁵⁹⁴ D. Gibrila, Transformation, fusion, scission et prorogation, préc. n° 96 ; Cass. com., 4 juin 1996, préc.

¹⁵⁹⁵ S. Dubost, Lamy Optimisation fiscale de l'entreprise, préf. J. Turot, n° 731-61.

¹⁵⁹⁶ Voir Cass. com., 17 oct. 1989, Dr. sociétés, décembre 1989, p. 11. Voir également l'article L. 236-14, al. 4 du C. com.

¹⁵⁹⁷ Voir Cass. com., 16 juill. 1985, n° 82-10382, Bull. 1985, IV, n° 218, p. 180. La Cour a précisé que « C'est à bon droit que la Cour d'appel, a rejeté l'opposition de M. Y... Qu'il résulte des énonciations de l'arrêt que celui-ci n'était pas en mesure d'invoquer une créance certaine dans son existence liquide, et exigible antérieure au projet de l'opération envisagée permettant au juge saisi de l'opposition d'ordonner son remboursement ».

¹⁵⁹⁸ Art. L. 236-14, al. 2, C. com.

¹⁵⁹⁹ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc. n° 1027, p. 451.

créanciers concernés¹⁶⁰⁰. De fait, la transmission universelle du patrimoine étant le gage général des créanciers leur serait inopposable. Cette règle comprend le patrimoine transféré par la société qui disparaît dans le cas où l'opposition a été formée par les créanciers de cette société, ainsi pour le patrimoine d'origine de la société bénéficiaire si les créanciers ont un droit d'opposition contre cette dernière. Selon la Cour de cassation¹⁶⁰¹, si la société absorbante est défaillante, le paiement préférentiel des créanciers peut être revendiqué dès lors que l'opération de fusion n'est pas remise en cause. Cette décision paraît logique dans la mesure où, il peut parfois arriver que, la société débitrice et un créancier passent une convention autorisant ce dernier à exiger le remboursement immédiat de sa créance en cas de fusion de la société débitrice avec une autre société¹⁶⁰². Sous l'empire du principe selon lequel les conventions font la loi des parties¹⁶⁰³, cette clause conventionnelle trouve application sans que le créancier bénéficiaire ait à former opposition devant le tribunal compétent¹⁶⁰⁴.

Ce n'est pas seulement les créanciers ordinaires qui sont protégés, en cas de fusion leur société débiteur avec une autre, par le législateur. Cette protection est également assurée aux créanciers obligataires des sociétés en cause.

B. La relativité de la protection des créanciers obligataires

519. L'existence d'obligations dans l'une des sociétés participant à l'opération de fusion est susceptible de modifier un peu le processus de la fusion. L'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières a mis en place le régime applicable aux obligations. Les obligataires de chacune des sociétés en présence bénéficient des garanties notamment le droit d'opposition aux opérations de fusion. En outre, les créanciers obligataires bénéficient d'une protection particulière qui se caractérise par la consultation de ces derniers sur le projet de fusion (1°). La question devient un peu complexe par la présence, à côté

¹⁶⁰⁰ Art. L. 236-14, al. 3, C. com. Voir également Cass. com., 17 oct. 1989, n° 88-11424, Rev. dr. bancaire 1990, n° 4, p. 133, note M. Jeantin et A. Viandier.

¹⁶⁰¹ Cass. com., 17 oct. 1989, préc ; J.-P. Bertrel et M. Jeantin, Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, préc, n° 1028, p. 452.

¹⁶⁰² Art. L. 236-14, al. 5, C. com.

¹⁶⁰³ Art. 1134, C. civ. ; J.-P. Chazal, « De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil », *RTD civ.* 2001, p. 265.

¹⁶⁰⁴ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc, n° 83940.

d'obligations ordinaires, d'obligations convertibles ou échangeables qui permettent à leurs titulaires d'accéder à la qualité d'actionnaires. La loi sur les sociétés commerciales a unifié la forme de ces titres sous l'appellation unique « valeurs mobilières donnant accès au capital ». Toutefois, la protection des obligataires ordinaires n'a pas été prévue pour les porteurs de valeurs mobilières donnant accès au capital (2°).

1° Une protection accordée aux titulaires d'obligations ordinaires

520. Il faut, tout d'abord, rappeler que puisque les sociétés par actions sont seules autorisées à émettre des obligations¹⁶⁰⁵, il faut que la fusion mette en présence au moins une de ce type de sociétés. C'est-à-dire, il faut que soit la société absorbée, soit la société absorbante ait la forme d'une société anonyme, d'une SAS ou d'une société en commandite par actions. Toutefois, les règles destinées à protéger les créanciers obligataires contre les opérations de fusion ne sont pas les mêmes. Il faut en effet établir une distinction entre la situation des obligataires chez la société absorbée (a) de celle chez la société absorbante (b).

a) La protection accordée aux obligataires de la société absorbée

521. Lorsqu'une société émettant des obligations s'est fait absorber par une autre société, elle a la possibilité de choisir entre deux solutions différentes. Elle peut soit consulter les obligataires sur le projet de fusion en soumettant ce dernier à l'assemblée des obligataires, soit procéder au remboursement de titres des obligataires en cas d'absence de consultation de ces derniers¹⁶⁰⁶. La consultation des obligataires aura lieu selon les règles applicables aux assemblées ordinaires d'actionnaires en ce qui concerne les dispositions relatives au quorum et à la majorité¹⁶⁰⁷.

¹⁶⁰⁵ Voir art. L. 228-39 et L. 228-40, C. com. Les SARL peuvent également émettre des obligations (art. L. 223-11, C. com.). Les dispositions applicables aux obligations émises par les sociétés par actions, à l'exclusion des articles L. 228-39, L. 228-43 et L. 228-51 du Code de commerce, trouvent également application aux SARL (J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc, n° 5098).

¹⁶⁰⁶ Art. L. 236-13, al. 1^{er}, C. com.

¹⁶⁰⁷ Art. L. 228-65, C. com.

522. Cette consultation conduit à deux solutions opposées ; soit les obligataires approuvent le projet de fusion soit ils le rejettent. Dans la première hypothèse, la décision prise par l'assemblée générale s'impose à tous les obligataires, même à ceux qui ont donné un vote défavorable à l'opération projetée, et ils deviennent, en effet, de plein droit créanciers obligataires de la société absorbante. Sur ce point, le législateur ne précise pas le sort du droit d'opposition des obligataires hostiles à la fusion. Mais il nous semble logique de considérer que cette possibilité ne leur est pas ouverte car le projet de fusion a été approuvé par leur assemblée. Puisque la majorité a ratifié le projet de fusion, l'opération n'est pas de nature à remettre en cause leurs droits. La règle de la majorité s'impose donc à tous les obligataires et autorise la fermeture du droit d'opposition.

Si, au contraire, l'assemblée des obligataires a refusé le projet de fusion ou le quorum exigé n'est pas atteint, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants de la société absorbée auront deux solutions : ils peuvent, d'une part, répondre à la décision des obligataires et, par conséquent, paralyser la poursuite de l'opération de fusion. Mais, en pratique, le recours à cette solution est parfaitement rare. D'autre part, les représentants de la société peuvent passer outre au refus des obligataires et poursuivre la procédure de la fusion¹⁶⁰⁸. Dans ce cas, les créanciers obligataires bénéficient d'un droit d'opposition à l'opération envisagée¹⁶⁰⁹. Les représentants de la société doivent publier leur décision dans le même journal d'annonces légales que celui dans lequel a été préalablement inséré l'avis de convocation de l'assemblée. Si les actions de la société sont admises aux négociations sur un marché réglementé ou si toutes les obligations ne revêtent pas la forme nominative, une insertion doit faire l'objet au Bulletin des annonces légales obligatoires (BALO) mentionnant le titre, le lieu et la date de publication du journal d'annonces légales dans lequel a été faite la première publication, ainsi que la date de celle-ci¹⁶¹⁰.

523. A compter de la publication de la décision des dirigeants de passer outre au refus des obligataires, l'assemblée des obligataires peut donner un mandat aux représentants de la masse des obligataires pour former opposition à la fusion¹⁶¹¹. Les obligataires exercent leur droit d'opposition dans les mêmes conditions prévues pour l'opposition des créanciers ordinaires. Ils disposent, à cette fin, d'un délai de trente jours pour former opposition devant

¹⁶⁰⁸ Art. L. 228-73, al. 1^{er}, C. com.

¹⁶⁰⁹ B. Fages, E. Pouliquen et J. Mestre, *Lamy Droit du contrat*, préc., n° 430-41.

¹⁶¹⁰ Voir l'article R. 228-79, al. 1^{er}, C. com., sur renvoi de l'article R. 228-80, C. com.

¹⁶¹¹ Les représentants de la masse des obligataires ne peuvent agir que dans la mesure où ils en reçoivent un mandat par l'assemblée générale des obligataires (art. L. 228-73, al. 3, C. com.).

le tribunal de commerce¹⁶¹². Le président du tribunal peut décider soit le remboursement des obligations soit, si elles ont été jugées suffisantes, la constitution des garanties lorsque la société en offre¹⁶¹³. Sauf dans le cas où le juge décide le remboursement des obligations, les créanciers obligataires conservent leur qualité au sein de la société absorbante¹⁶¹⁴.

524. Lorsque les obligataires ne sont pas consultés, la société absorbée, émettrice des obligations, doit proposer aux obligataires le remboursement de leurs titres sur simple demande¹⁶¹⁵. L'offre de remboursement doit faire l'objet d'une publication au BALO et à deux reprises dans deux journaux d'annonce légales du siège social de la société absorbée. Le délai entre chacune des insertions ne peut être inférieur à dix jours¹⁶¹⁶. En application de ce texte, les porteurs d'obligations nominatives sont informés de l'offre de remboursement par lettre simple ou recommandée¹⁶¹⁷. Cependant, dans le cas où toutes les obligations sont nominatives, les formalités d'insertion dans un journal d'annonces légales et au BALO sont suffisantes¹⁶¹⁸. Dans ces conditions, la société absorbante devient débitrice des créanciers obligataires de la société absorbée¹⁶¹⁹ qui doivent présenter leur demande de remboursement dans un délai de trois mois à partir de l'envoi de la lettre, simple ou recommandée, informant les obligataires de l'offre de remboursement¹⁶²⁰. A l'expiration de cette période, les obligataires qui n'ont pas sollicité le remboursement de leurs obligations conservent leur qualité dans la société bénéficiaire de l'opération¹⁶²¹.

Cette protection est également accordée aux obligataires de la société absorbante, mais d'une manière plus simple et différente.

¹⁶¹² Art. R. 236-9, C. com.

¹⁶¹³ Art. L. 236-14, C. com., sur renvoi de l'article L. 228-73, C. com.

¹⁶¹⁴ Art. L. 228-73, al. 2, C. com.

¹⁶¹⁵ D. Gibrila, Transformation, fusion, scission et prorogation de la société, préc, n° 99 ; voir également l'article L. 236-13, al. 1^{er}, C. com.

¹⁶¹⁶ Art. R. 236-11, al. 1^{er}, C. com.

¹⁶¹⁷ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 603, p. 117.

¹⁶¹⁸ Art. R. 236-11, al. 2, C. com.

¹⁶¹⁹ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc, n° 1994 ; Art. L. 236-13, al. 2, C. com.

¹⁶²⁰ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, Mémento sociétés commerciales, préc, n° 83986 ; Art. R. 236-12, C. com.

¹⁶²¹ Art. L. 236-13, al. 3, C. com.

b) La situation des obligataires de la société absorbante

525. Les mesures de protection accordées aux obligataires de la société absorbante sont plus simples que celles prévues au sein de la société absorbée. En vertu de l'article L. 236-15 du Code de commerce, le projet de fusion n'est pas soumis à l'assemblée des obligataires de la société absorbante. Toutefois, dans le but de préserver leurs droits, l'assemblée des obligataires peut donner mandat aux représentants de la masse des obligataires de former opposition à l'opération de fusion. Cette opposition est soumise aux mêmes conditions que celles prévues pour les créanciers ordinaires de la société absorbée. Il en résulte que l'opposition doit être formée devant le tribunal de commerce du siège social de la société absorbante dans trente jours à partir de la dernière insertion du projet de fusion dans un journal d'annonces légales ou au BALO¹⁶²². Le juge peut décider soit rejeter l'opposition, soit le remboursement immédiat des obligations ou soit la constitution des garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes par le tribunal. Lorsque la société ne procède pas au remboursement immédiat des obligations ou elle ne constitue pas les garanties jugées suffisantes, l'opération de fusion sera inopposable aux obligataires. Les obligataires conservent leurs droits sur le patrimoine de la société absorbante qui sont considérés opposables aux autres créanciers¹⁶²³.

526. Il faut enfin rappeler que certains auteurs estiment qu'il est souhaitable, même en l'absence de disposition légale, de consulter les obligataires « *si un risque de désaccord entre les obligataires et les dirigeants de la société absorbante est apparu* »¹⁶²⁴. Nous partageons cette idée, même si le Code de commerce dispense les dirigeants de soumettre le projet de fusion à l'assemblée des obligataires, pour éviter toute opposition éventuelle de ces derniers notamment que la loi n'interdit pas leur consultation¹⁶²⁵.

¹⁶²² Art. R. 236-8, C. com.

¹⁶²³ A. Charvériat, A. Couret et B. Zabala, *Mémento sociétés commerciales*, préc, n° 83954.

¹⁶²⁴ J.-P. Bertrel et M. Jeantin, *Acquisitions et fusions des sociétés commerciales*, préc, n° 1031, p. 453.

¹⁶²⁵ Il est par ailleurs important de souligner que les droits dont bénéficient les créanciers obligataires sont également accordés aux titulaires de titres participatifs (J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, *Lamy Sociétés commerciales*, préc, n° 1968). Les dispositions applicables, en matière de fusion, aux obligations reçoivent application lorsque l'une des sociétés intervenant aux fusions a émis des titres de participation (art. L. 236-7, C. com.). Les sociétés par actions faisant partie au secteur public et les sociétés coopératives constituées sous la forme de société anonyme ou de société à responsabilité limitée sont autorisées à émettre des titres participatifs. Ces titres ne sont remboursables qu'en cas de liquidation de la société ou à l'initiative de cette société, mais à l'expiration d'un délai qui ne peut être inférieur à sept ans et dans les conditions prévues

La protection accordée aux créanciers obligataires ordinaires nous paraît cohérente via la consultation de l'assemblée. Faute de quoi, le droit d'opposition est mis en place. En revanche, la question de la protection des créanciers obligataires particuliers est bien différente. Il convient en effet d'exposer maintenant le sort des titulaires des obligations donnant accès au capital lors de l'absorption de leur société débitrice.

2° L'absence de texte spécifique quant à la protection des titulaires des obligations donnant accès au capital

527. L'ordonnance du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières a pour effet de modifier le régime applicable aux titres composés tels que les obligations convertible, échangeables en actions et les obligations à bons de souscription d'actions. L'ordonnance a unifié la forme de ces titres sous l'appellation « les valeurs mobilières donnant accès au capital ou donnant droit à l'attribution de titres de créances »¹⁶²⁶. Par conséquent, les dispositions relatives aux anciennes valeurs mobilières sont abrogées¹⁶²⁷. Ce

au contrat d'émission (art. L. 228-36, C. com.). Ces titres caractérisant par l'absence du droit de vote se composent d'une partie fixe et une autre variable qui est en fonction des résultats de la société. Les porteurs des titres participatifs ne sont désintéressés qu'après remboursement de tous les autres créanciers ; les créanciers privilégiés ou chirographaires. Comme les obligataires, les titulaires des titres participatifs se regroupent en masse à laquelle s'appliquent les dispositions relatives à la masse des obligataires (art. L. 228-37, al. 2 et R. 228-53, C. com.). Puisque ces titres sont en voie de disparition, les sociétés qui les émettent proposent souvent à leurs titulaires des les échanger en actions ordinaires (voir J.-B. Lenhof, Interrogations sur le régime des offres publiques sur titres participatifs, Lexbase Hébdéo éd. aff. 2004, n° 117 ; D. Ohl, Valeurs mobilières, préc, n° 168).

¹⁶²⁶ Art. L. 298-91, C. com.

¹⁶²⁷ Sous l'empire de l'ancien régime, les dispositions applicables, en cas de fusion, aux valeurs mobilières diffèrent selon le cas qu'on est en présence d'obligations convertibles en actions ou d'obligations échangeables contre actions. Dans la première hypothèse, la décision d'absorption de la société émettrice de ces obligations est soumise à l'approbation préalable de l'assemblée générale des porteurs d'obligations convertibles. A défaut, l'opération de fusion est réputée nulle (art. L. 225-164 et L. 225-165, C. com.). Dans le cas où l'assemblée générale des obligataires décide de repousser le traité de fusion ou elle n'a pas pu délibérer pour faute de quorum, les dirigeants de la société concernée peuvent passer outre au refus des titulaires d'obligations convertibles. Il en découle, les représentants de la masse des obligataires peuvent, en vertu du mandat leur est accordé, former opposition à l'opération de fusion dans les conditions prévues dans l'article L. 236-14 du Code de commerce. Si l'opposition est recevable, le juge peut décider soit rejeter l'opposition, soit le remboursement immédiat des obligations ou soit la constitution des garanties si la société en offre et si elles sont jugées suffisantes par le tribunal.

Lorsqu'on est en présence d'obligations échangeables contre actions, l'opération doit être soumise à l'approbation de l'assemblée générale des obligataires concernés. La non consultation des titulaires de cette catégorie d'obligations entraîne la nullité de la fusion (art. L. 225-176, C. com.). Cependant, à la différence de la situation des obligations convertibles, le refus de l'assemblée des titulaires d'obligations échangeables

régime s'applique donc aux valeurs mobilières émises avant son entrée en vigueur sous réserve de respecter les droits de titulaires de ces valeurs dès leur émission¹⁶²⁸. L'article L. 228-101 du Code de commerce précise que lorsque la société qui avait émis des titres de capital a été absorbée par une autre ou fusionnée avec une ou plusieurs sociétés pour créer une société nouvelle, les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital exercent leurs droits au sein de la société bénéficiaire de l'apport. Sauf stipulations contraires du contrat d'émission, les dispositions de l'article L. 228-65 du Code de commerce concernant la consultation des obligataires ne sont pas applicables¹⁶²⁹. Le nombre de titres de capital de la société absorbante auquel ils peuvent prétendre est déterminé en corrigeant le nombre de titres qu'il est prévu d'émettre ou d'attribuer au contrat d'émission en fonction du nombre d'actions à créer par la société bénéficiaire des apports. Le commissaire aux apports émet un avis sur le nombre de titres ainsi déterminé¹⁶³⁰.

L'approbation du projet de fusion par les actionnaires de la société bénéficiaire des apports emporte renonciation par ceux-ci et, le cas échéant, par les titulaires de certificats d'investissement de ces sociétés, au droit préférentiel de souscription prévu dans l'article L. 228-35¹⁶³¹ ou, l'article L. 228-91¹⁶³² du Code de commerce, au profit des titulaires de valeurs mobilières donnant accès de façon différée au capital. La société bénéficiaire des apports est substituée de plein droit à la société émettrice dans ses obligations envers les titulaires desdites valeurs mobilières¹⁶³³.

528. Or, on en constate qu'aucune mesure de protection particulière n'est accordée aux des titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital de la société absorbante. Les

d'approuver l'opération de fusion s'impose aux représentants de la société émettrice, ce qui conduit à bloquer la poursuite de la fusion. En effet, les dirigeants de la société qui disparaît, la société émettrice, ne peuvent pas passer outre au refus des obligataires

¹⁶²⁸ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 607, p. 118.

¹⁶²⁹ Cet article explique que l'assemblée générale délibère sur toutes mesures ayant pour objet d'assurer la défense des obligataires et l'exécution du contrat d'emprunt ainsi que sur toute proposition tendant à la modification du contrat et notamment sur les propositions de fusion ou de scission de la société dans les cas prévus aux articles L. 236-13 et L. 236-18. Cela revient à dire que, dans le seul cas où le contrat d'émission le prévoit, l'assemblée générale ne délibère sur première convocation que si les actionnaires présents ou représentés possèdent au moins le cinquième des actions ayant le droit de vote. Dans les sociétés dont les actions ne sont pas admises aux négociations sur un marché réglementé, les statuts peuvent prévoir un quorum plus élevé. Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (art. L. 225-98, al. 2, C. com., sur renvoi de l'article L. 228-65, II, C. com.). Elle statue à la majorité des deux tiers des voix dont disposent les porteurs présents ou représentés (art. L. 228-65, II, C. com.).

¹⁶³⁰ J. Devèze, A. Couret, I. Parachkévova et Th. Poulain-Rehm, Lamy Droit du financement 2015, n° 586.

¹⁶³¹ Art. L. 228-35, al. 1^{er}, C. com.

¹⁶³² Art. L. 228-91, al. 2, C. com.

¹⁶³³ J. Mestre, D. Velardocchio et A.-S. Mestre-Chami, Lamy Sociétés commerciales, préc, n° 5087.

droits de ces derniers peuvent être remis en cause lors de la fusion. Le législateur ne leur ouvre pas aucune faculté d'opposition alors qu'il la reconnaît aux obligataires ordinaires. Force est de constater que cette carence peut être bouchée par des dispositions particulières du contrat d'émission. Mais qui peut-il empêcher d'étendre, par des dispositions explicites, le champ d'application du droit d'opposition, reconnu aux créanciers et obligataires ordinaires, aux titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital. Il appartient au législateur de combler cette lacune législative.

529. En tout état de cause, le champ d'application du droit d'opposition instauré par le législateur manque de cohérence. De manière plus précise, le Code de commerce introduit une discrimination de protection entre les obligataires ordinaires et les titulaires de valeurs mobilières donnant accès au capital. Certains créanciers ne sont pas suffisamment protégés voire exclus du champ d'application du droit d'opposition, alors que la finalité de cette institution est de protéger tous les créanciers contre les risques d'insolvabilité de la personne morale à laquelle le patrimoine a été transmis. En conséquence, l'action paulienne peut être un moyen efficace de protection dans la mesure où elle n'exige pas des conditions analogues à celles prévues en matière de fusion. Il suffit que le principe d'une créance ait existé avant la conclusion de l'acte par le débiteur¹⁶³⁴. L'exercice de cette action permet aux créanciers d'attaquer, en leur nom personnel, « les actes faits par le débiteur en fraude de leurs droits »¹⁶³⁵. En effet, l'action paulienne assure une protection générale au créancier qui subit un préjudice du fait de l'appauvrissement frauduleux de son débiteur¹⁶³⁶. L'existence de textes spécifiques, accordant une protection aux créanciers sociaux, n'empêche pas de recourir au droit commun, qui offre une protection complémentaire, qui est toujours la caractéristique du droit syrien.

¹⁶³⁴ Cass, civ. 1^{re}, 17 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 16 ; D. 1984. 437, note Ph. Malaurie ; RTD civ. 1984. 719, obs. J. Mestre ; Cass, civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, Bull. 1993, I, n° 5, p. 4 ; Cass, civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, Bull. 2002, I, n° 271, p. 211 ; 6 mai 2003, n° 00-20.976, AJ fam. 2003. 272, obs. S. D.-B ; 5 avr. 2005, n° 03-15.217.

¹⁶³⁵ Art. 1167, al. 1^{er}, C. civ.

¹⁶³⁶ L'action paulienne est devenue, selon des auteurs, « une conquérante qui peut être utilisée en toutes circonstances par le créancier qui subit un préjudice du fait de l'appauvrissement frauduleux de son débiteur » (J. Devèze et C. Saint-Alary-Houin, Contrats et obligations, JCl civ. art. 1167, Fasc. 39, n° 2).

§II. La dépendance du droit syrien aux principes du droit commun

530. Lorsque le patrimoine de la société absorbée est transmis, les garanties dont bénéficient les créanciers sur le patrimoine peuvent être mises en question à l'occasion de la fusion dans la mesure où ils risquent de perdre leur gage. En effet, leur protection est une nécessité qui doit être prise en compte par le législateur. Au contraire du droit français, le législateur syrien n'envisage pas tous les types de titres que la société émet en droit des sociétés. Or, deux catégories de créanciers dont leurs droits peuvent être atteintes à l'occasion de la fusion : les créanciers ordinaires (A) et les créanciers obligataires (B). Ces deux catégories bénéficient sans distinction d'une protection générale prévue par le Code des sociétés.

A. L'application d'une règle générale quant à la protection des créanciers ordinaires

531. En matière de fusion, contrairement au droit français, la protection des créanciers ordinaires n'a pas été consacrée par des dispositions particulières même pas pour ceux-ci des sociétés anonymes et des autres sociétés de capitaux. Le recours au droit commun est le seul moyen pour assurer une protection aux créanciers (1°). Il est en effet impératif que ceux-ci bénéficient d'un droit d'opposition à l'opération de fusion afin de protéger leurs droits (2°).

1° L'absence des textes spécifiques

532. En droit syrien, les mécanismes généraux du droit des obligations et du droit des sociétés occupent une place importante quant à la protection des créanciers ordinaires des sociétés parties à la fusion. Lorsque la fusion entraîne la transmission des éléments d'actif et du passif, les créances et dettes de la société absorbée sont transmises du fait de la fusion à la société absorbante. En droit syrien, la question se pose de savoir si ce transfert de dettes

signifie-t-il que la société absorbante devient un nouveau débiteur à l'égard des créanciers de la société absorbée. Autrement dit, cette règle implique-t-elle une rénovation de dette. En l'absence de textes spécifiques, il faut se référer au droit commun. Dans le droit des obligations, la rénovation de l'obligation peut avoir lieu par un changement de débiteur lorsque le créancier et le tiers se mettent d'accord sur le fait que ce dernier se substitue au débiteur principal¹⁶³⁷. En appliquant ce principe à la fusion, la société absorbante est considérée comme un nouveau débiteur des créanciers de la société absorbée. Certains auteurs expliquent que si les créanciers de l'absorbée s'opposent à la fusion, ils doivent être remboursés sur le patrimoine de celle-ci qui est transmis du fait de la fusion à la société absorbante. Cette justification s'appuie sur le fait que la disparition de leur débiteur, sans solliciter leur accord, et le transfert de son patrimoine à une autre personne met terme à l'échéance de la créance¹⁶³⁸.

533. Cependant, une partie de la doctrine estime que lorsque la société absorbante est solvable, les créanciers de la société absorbée doivent être payés sur le patrimoine de la société absorbante pas sur celui de l'absorbée. Pour ce courant doctrinal, lorsque l'absorbante est solvable, la fusion est opposable aux créanciers de l'absorbée : elle doit donc rembourser leur créance à l'échéance. Si la fusionnante insolvable, cela met terme à l'échéance de la créance et l'absorbante doit soit rembourser immédiatement les créanciers soit leur présenter des garanties suffisantes¹⁶³⁹. Ces auteurs considèrent que la société absorbante devient donc débitrice des créanciers de la société absorbée au lieu et à la place de celle-ci, sans que cette substitution entraîne novation à l'égard de ces créanciers.

Même s'il n'a pas été expressément prévu, comme en droit français, il paraît que cette dernière solution a été reprise par la loi n° 29 du 14 février 2011 sur les sociétés commerciales. Selon les dispositions de cette loi, la société absorbante ou bénéficiaire de la fusion est considérée comme ayant cause universel de la société absorbée et reçoit à titre universel les droits et obligations de cette dernière¹⁶⁴⁰. La transmission des obligations emporte la transmission des droits des créanciers et la société absorbante se substitue de plein droit passivement à la société absorbée sans que cette substitution emporte novation à l'égard

¹⁶³⁷ Art. 350-2, C. civ.

¹⁶³⁸ A. Yonis, *Les sociétés commerciales*, La maison de la pensée arabe, Egypte, 1960, p. 563 et s. ; M.-K. Malech, *Les sociétés commerciales*, éd. Kasid Khir, Egypte, 1980, p. 358.

¹⁶³⁹ M. Chafiq, *Le précis en droit commercial*, 2^e éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1961, p. 659 ; Th. Abdelrahim, *Cours en droit commercial*, L'université de Koweït, 1974, p. 43.

¹⁶⁴⁰ Art. 222, C. soc.

des créanciers. Les créances sont donc transmises sans aucune modification et dans l'état où elles se trouvent à la société absorbante. Cette dernière devient, suite à la fusion, débitrice des créanciers de l'absorbée¹⁶⁴¹. En conséquence, les créanciers bénéficient d'un droit d'opposition lorsque leurs droits sont affectés par la réalisation de la fusion.

2° L'exercice du droit d'opposition

534. Le législateur syrien permet aux créanciers sociaux de s'opposer à l'opération de fusion lorsqu'elle cause des dommages à leur égard. Ce droit est accordé aux créanciers de toutes les sociétés parties à l'opération de la fusion : les créanciers non obligataires de la société absorbée et ceux de la société absorbante¹⁶⁴². C'est-à-dire que ce droit est attribué aux créanciers chirographaires et privilégiés des sociétés en cause. Pour que les créanciers bénéficient du droit d'opposition, les créances doivent être nées avant la réalisation de la fusion¹⁶⁴³. Les créanciers disposant du droit d'opposition doivent exercer leur droit dans un délai de trente jours à partir de la publication de la fusion, à deux reprises, dans deux journaux quotidiens¹⁶⁴⁴. Ils intentent leur procès devant le tribunal du siège social de la société pour demander l'annulation de la décision de fusion¹⁶⁴⁵. Le tribunal saisi peut suspendre la fusion jusqu'à ce qu'il statue sur le procès¹⁶⁴⁶. Dans ce cas, il doit mettre en demeure le Ministère de l'économie et du commerce dans quarante cinq jours dès la publication de la fusion. Faute de quoi, le Ministre procède à la rectification de la décision de la fusion¹⁶⁴⁷.

535. Lorsque le juge estime que l'opposition formée par les créanciers est bien fondée, il peut ordonner le remboursement immédiat de la créance. De même, le juge peut demander à la société fusionnante d'offrir des garanties suffisantes au profit des créanciers pour

¹⁶⁴¹ Voir M. Alchwabkeh, Les effets de la fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, préc, p. 236 et s.

¹⁶⁴² L. Alfayoumi, Les effets de la fusion sur les sociétés anonymes, préc, p. 123.

¹⁶⁴³ M. Alchwabkeh, Les effets de la fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, préc, p. 238.

¹⁶⁴⁴ Art. 221-1 et 3, C. soc. La publication de la fusion doit être accompagnée d'une liste des créanciers établie selon le rapport du commissaire aux comptes.

¹⁶⁴⁵ C'est le tribunal de grande instance qui statue sur les litiges en droit commercial (art. 1^{er}, C. soc.).

¹⁶⁴⁶ Art. 221-4, C. soc. Une décision sera prise dans l'urgence par le tribunal (art. 221-5, C. soc.). Un appel peut être porté devant la Cour d'appel qui prend une décision définitive (art. 221-6, C. soc.).

¹⁶⁴⁷ Art. 221-7, C. soc.

sauvegarder leurs droits¹⁶⁴⁸. A défaut, la fusion sera inopposable aux créanciers opposants. Dans le cas où l'opposition n'est pas fondée parce que le créancier n'a pas intérêt à opposer, la fusion continue à poursuivre normalement¹⁶⁴⁹.

536. Enfin, il faut souligner que l'opposition formée à la fusion est réservée aux créanciers représentant au moins 10 % de la créance de la société en cause¹⁶⁵⁰. Cela revient à dire que cette possibilité n'est pas ouverte aux créanciers représentant moins de 10 % de la créance¹⁶⁵¹. Il paraît que le législateur ne veut pas que les créanciers non sérieux mettent obstacle à la réalisation de la fusion. Autrement dit, lorsque l'opposition est formée par un nombre marginal des créanciers, cela signifie que ceux-ci ne sont pas effectivement affectés par la fusion surtout que le reste des créanciers ne s'y opposent pas. De même, le patrimoine transmis à la société absorbante constitue le gage des créanciers qui leur permet d'être remboursés. Toutefois, cette discrimination a pour conséquence de porter atteinte au principe d'égalité entre les créanciers énoncé par le législateur¹⁶⁵². Pour cela, on peut estimer que l'action paulienne du droit commun peut offrir aux créanciers négligés une protection en cas de transmission universelle de patrimoine de la société débitrice. L'action paulienne offre aux créanciers la faculté d'attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits et qui ont pour conséquence de modifier ces droits ou d'augmenter les engagements de ceux-ci¹⁶⁵³. Elle profite au créancier demandeur et aux autres créanciers l'inopposabilité de l'acte du débiteur¹⁶⁵⁴, ce qu'il n'a pas présenté l'article 221-3 du Code des sociétés qui ouvre aux créanciers la possibilité de demander la nullité. L'action paulienne permet aux créanciers d'agir en toutes circonstances lorsqu'ils subissent un préjudice du fait de l'appauvrissement frauduleux de leur débiteur¹⁶⁵⁵. Elle offre donc aux créanciers une protection générale contre tous les actes d'appauvrissement de la société absorbée débitrice.

En définitive, le droit syrien, comme le droit français, accorde une protection à tous les

¹⁶⁴⁸ J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc., n° 681, p. 508.

¹⁶⁴⁹ H. Alsaghir, Le régime juridique de la fusion des sociétés, préc., p. 574 ; M. Alchwabkeh, Les effets de la fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, préc., p. 243.

¹⁶⁵⁰ Art. 221-3, C. soc.

¹⁶⁵¹ Ceux-ci peuvent toutefois invoquer l'action paulienne en démontrant que l'opération a été effectuée en fraude de leurs droits. Ils doivent donc apporter la preuve que la fusion préjudicie à leurs intérêts et soumet leur gage général à une nouvelle situation patrimoniale dont ils sont victimes d'un appauvrissement.

¹⁶⁵² Art. 235-1, C. civ.

¹⁶⁵³ Art. 238, C. civ. V. Cass. civ., 1^{er} nov. 2007, n° 189/229, Rev. Avocats 2008, n° 7.

¹⁶⁵⁴ Art. 241, C. civ. ; I. Haddad, L'action paulienne, Encyclopédie arabe, 2012, p. 275.

¹⁶⁵⁵ L'action paulienne exige la fraude du débiteur, l'antériorité de la créance par rapport à l'acte frauduleux et que débiteur a accompli l'acte contesté en ayant conscience du préjudice causé au créancier (M. Ghazal, Les droits réels accessoires, L'université virtuelle syrienne, 2009, p. 4 ; Cass. civ., 22 mars 1974, n° 925/1327, Rev. Avocats 1974, n° 6 ; Cass. civ., 1^{er} nov. 2007, préc. ; Cass. civ., 30 avr. 2008, n° 240/260, Rev. Avocats, n° 9).

créanciers des sociétés parties lorsque leur société fait l'objet d'une fusion. Néanmoins, cette protection est accordée, en droit syrien, aux créanciers représentants au moins 10 % de la créance de la société, alors que le droit d'opposition est, en droit français, ouvert à tous les créanciers sans exception.

La protection des créanciers en matière de fusion est d'ailleurs accordée aux créanciers obligataires.

B. Les obligations de la société absorbée, un mode indirect de protection

537. En droit syrien, les titres émis par les sociétés ne sont pas variés au même titre que le droit français. La pauvreté du droit syrien réside donc dans le cas où il se borne à deux catégories d'obligations¹⁶⁵⁶ : les obligations ordinaires (1°) et les obligations convertibles en actions (2°). De fait, quel est l'avenir de ces obligations lorsque la société émettrice fait l'objet d'une fusion. D'une manière plus générale, quels sont les effets de la fusion sur ces obligations ? Les titulaires des obligations sont-ils protégés au même titre que les créanciers ordinaires ?

1° Le cas des obligataires ordinaires

538. En droit des sociétés, ce type d'obligations existe au sein des sociétés anonymes. Celles-ci sont les seules autorisées à émettre ce genre d'obligations¹⁶⁵⁷. De fait, la fusion doit mettre en présence au moins une société anonyme, quelle soit absorbante ou absorbée. L'émission des obligations ordinaires doit être autorisée par l'assemblée générale ordinaire¹⁶⁵⁸. La société émettrice doit rembourser les titulaires des obligations à la date

¹⁶⁵⁶ Les obligations sont des titres financiers négociables qui confèrent les mêmes droits de créance pour une même valeur nominale. La société émettrice s'engage à rembourser l'emprunt selon les conditions du contrat d'émission (art. 121-2, C. soc.).

¹⁶⁵⁷ Art. 121-1, C. soc.

¹⁶⁵⁸ Art. 123-3, C. soc.

prévue : elle ne peut ni avancer ni tarder la date d'échéance sans l'autorisation de la masse des obligataires¹⁶⁵⁹. Or, lorsque la société émettrice des obligations se fait absorber par une société, les titulaires des obligations ordinaires ont-ils la possibilité de s'opposer à la fusion de leur société ? En cas de réponse positive, comment-ils peuvent exercer leur droit d'opposition ?

539. De prime abord, la loi sur les sociétés commerciales ne prévoit pas expressément la possibilité pour les titulaires des obligations de s'opposer à la fusion. Toutefois, l'article 132-5 du Code des sociétés dispose que « les représentants de la masse des obligataires peuvent prendre les mesures nécessaires pour la protection des titulaires des obligations ». Les représentants de la masse peuvent demander la réunion des obligataires en assemblée¹⁶⁶⁰. De fait, lorsque la fusion a pour conséquence d'affecter les droits des porteurs d'obligations, la société en cause doit consulter l'assemblée des obligataires. La consultation des obligataires a lieu selon les règles applicables à l'assemblée générale ordinaire concernant les dispositions relatives au quorum et à la majorité¹⁶⁶¹. Si les obligataires approuvent la fusion, ils deviennent de plein droit créanciers obligataires de la société fusionnante. Si, au contraire, l'assemblée des obligataires refuse l'opération ou le quorum exigé n'est pas atteint, la société peut soit procéder au remboursement de titres des obligataires, soit présenter des garanties suffisantes. En cas de non consultation, la société émettrice doit proposer aux obligataires le remboursement immédiat de leurs titres¹⁶⁶².

540. Toutefois, le législateur syrien n'a pas expliqué le moyen ou la méthode de rembourser les créanciers obligataires. En revanche, le législateur égyptien a envisagé cette situation en expliquant que les porteurs d'obligations sont informés de l'offre de remboursement par lettre recommandée. Dans cette lettre, la société leur précise les sommes dues avec le taux d'intérêt convenu¹⁶⁶³. Les obligataires doivent présenter leur demande de remboursement dans un délai de trois mois à partir de l'envoi de la lettre recommandée leur informant de l'offre de remboursement. A ce stade, la société absorbante devient débitrice des

¹⁶⁵⁹ Art. 130-2, C. soc. Les titulaires des obligations sont groupés de plein droit en masse pour la défense de leurs intérêts communs (art. 131-1, C. soc.).

¹⁶⁶⁰ Art. 133-1, C. soc.

¹⁶⁶¹ Art. 133-4, C. soc. L'assemblée générale d'actionnaires délibère valablement sur première convocation si les actionnaires possèdent plus que la moitié de la société émettrice (art. 166-1, C. soc.). Sur deuxième convocation, aucun quorum n'est requis (art. 166-2, C. soc.). L'assemblée statue à la majorité de 51% des actions représentées à la réunion (art. 167, C. soc.).

¹⁶⁶² J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc, n° 681, p. 508.

¹⁶⁶³ Le taux d'intérêt est déjà fixé dans le contrat d'émission.

créanciers obligataires de la société absorbée. A l'expiration de cette période, si les obligataires ne sollicitent pas le remboursement de leurs obligations, ils conservent leur qualité au sein de la société absorbante¹⁶⁶⁴. On en conclut que ce texte est bien emprunté de l'article L. 236-13 du Code de commerce français et rien n'empêche le législateur syrien à adopter cette disposition pour combler certaines lacunes législatives.

Par voie de conséquence, le Code des sociétés syrien, à la différence du Code de commerce français, n'a pas distingué entre les obligataires de la société absorbée et ceux de la société absorbante. Les règles qui viennent d'être exposées s'appliquent aux obligataires de l'absorbante au même titre que les obligataires de l'absorbée. Puisqu'il n'existe aucun texte spécifique, une protection identique est accordée aux porteurs d'obligations convertibles en actions.

2° Le cas des titulaires des obligations convertibles en actions

541. Les obligations convertibles en actions donnent à leurs porteurs la possibilité de les échanger contre des actions de la société émettrice. Le titulaire peut exercer son droit de conversion pendant la période de conversion et selon les conditions d'émission. Faute de quoi, il perd son droit de conversion¹⁶⁶⁵. L'assemblée générale extraordinaire est la seule compétente à autoriser l'émission de ce genre d'obligations¹⁶⁶⁶. Toutefois, il peut arriver que la société émettrice de ces obligations fasse l'objet d'une fusion, les détenteurs des obligations perdent-ils leur droit de conversion à cause de l'absorption de leur société ? Ces détenteurs peuvent-ils former opposition à l'opération de fusion ?

542. En droit syrien, la loi sur les sociétés commerciales ne fait pas, quant à la protection de droits des titulaires d'obligations, de distinction entre les porteurs des obligations ordinaires et les porteurs des obligations convertibles en actions. Or, au contraire du droit français, les règles applicables sur les obligataires ordinaires reçoivent ici

¹⁶⁶⁴ Art. 297 de la liste exécutive du Code des sociétés égyptien n° 159 du 1981.

¹⁶⁶⁵ Art. 129-2, C. soc.

¹⁶⁶⁶ Art. 129-1, C. soc.

application¹⁶⁶⁷. En effet, la société en cause doit consulter l'assemblée des obligataires selon les règles applicables à l'assemblée générale ordinaire concernant les dispositions relatives au quorum et à la majorité. Si les obligataires approuvent la fusion, ils deviennent de plein droit créanciers obligataires de la société absorbante selon les conditions de l'émission. Cependant, si l'assemblée des obligataires refuse l'opération ou le quorum exigé n'est pas atteint, la société ne peut pas procéder au remboursement de titres des obligataires comme le cas des obligataires ordinaires. Les titulaires des obligations convertibles conservent leur qualité et exercent leurs droits au sein de la société absorbante¹⁶⁶⁸.

La protection accordée par le droit commun aux obligataires ordinaires et aux titulaires des obligations convertibles en actions est insuffisante. L'article 132-5 du Code des sociétés énonce un principe vaste et indirect de protection applicable à tous les obligataires. Il faut en effet établir des règles spécifiques propres à chaque catégorie d'obligations permettant à leurs titulaires de préserver leurs droits en cas de fusion. Avec l'insuffisance de la protection accordée par le Code des sociétés, les obligataires peuvent recourir à la protection offerte par le droit commun des obligations qui trouve son fondement dans l'action paulienne.

543. Conclusion de la section I. En cas de fusion, soit en droit français ou syrien, les créanciers ne sont pas à l'abri des conséquences de cette opération. Il est acquis que le législateur français a apporté des textes spécifiques quant à la transmission des dettes des créanciers ordinaires, mais ces textes sont relatifs quant à leur application. L'extension du champ d'application de ces textes aux autres sociétés de capitaux et de personnes ne sera que souhaitée. Cette relativité a également lieu en cas d'existence des obligataires ordinaires et titulaires des obligations donnant accès au capital. Une protection prévue pour les premiers alors qu'elle n'est pas pour les seconds. En revanche, en droit syrien, le Code des sociétés apporte une règle générale applicable sur tous les créanciers, ordinaires ou obligataires. La protection accordée est néanmoins réservée à ceux-ci qui représentent au moins 10 % des dettes, alors qu'elle devrait être ouverte à tous les créanciers quelques soient les dettes qu'ils représentent. Or, il paraît, même si elles sont jugées insuffisantes en droit français, intéressant d'adopter des dispositions analogues pour traiter les lacunes législatives. Concomitamment, il

¹⁶⁶⁷ Dans ce sens, v. J. Alhakim, Les sociétés commerciales, préc, n° 681, p. 508.

¹⁶⁶⁸ M. Alchwabkeh, Les effets de la fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, préc, p. 294.

appartient aux législateurs français et syrien de traiter l'insuffisance des textes en apportant des solutions efficaces par l'adoption des règles spécifiques en la matière. Sinon, le droit commun des obligations peut offrir une protection complémentaire à l'ayant cause lors de la substitution de son débiteur.

Il reste alors d'envisager l'autre pan des conséquences de la fusion sur les tiers externes des sociétés parties à l'acte, c'est l'administration fiscale. La nature spécifique de la fusion nous conduit à poser des interrogations sur le fait que les législateurs français et syrien ont soumis l'opération au régime commun ou elle bénéficie d'un régime particulier.

Section II. Les effets de la fusion sur le plan fiscal

544. En droit fiscal, la fusion se traduit également par la disparition d'une ou plusieurs sociétés au profit d'une société existante ou nouvelle, et entraîne, en effet, l'augmentation du capital de la société bénéficiaire¹⁶⁶⁹. De fait, les conséquences fiscales de telles opérations sont trop lourdes. Pour adoucir ces conséquences, les législateurs français et syrien ont instauré des mesures permettant d'atténuer le coût fiscal des opérations de fusion. Ces mesures sont cependant plus multiples en droit français : l'existence d'un régime fiscal dualiste de fusion permet de donner aux sociétés parties une liberté de choix (§I). Inversement, la généralisation de la règle d'imposition aux sociétés participantes est le trait du droit syrien (§II). Puisque le régime fiscal français est profondément opposé au régime fiscal syrien, une distinction doit être envisagée.

§I. Le dualisme du régime fiscal de fusion en droit français

545. En droit français, le régime fiscal de fusion a apporté un ensemble de mesures proposant plusieurs options aux sociétés en cause. D'une part, il permet à celles-ci, d'introduire dans le traité de fusion une clause de rétroactivité pour établir un projet à partir de bases fixes¹⁶⁷⁰. Pour admettre une telle clause, l'administration consacre le principe d'une

¹⁶⁶⁹ Le droit fiscal a défini, dans l'article 210-0 A-I du Code général des impôts, les fusions de sociétés comme des opérations par lesquelles : « a- une ou plusieurs sociétés absorbées transmettent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une autre société préexistante absorbante, moyennant l'attribution à leurs associés de titres de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres ;

b- deux ou plusieurs sociétés absorbées transmettent, par suite et au moment de leur dissolution sans liquidation, l'ensemble de leur patrimoine à une société absorbante qu'elles constituent moyennant l'attribution à leurs associés de titres de la société absorbante et, éventuellement, d'une soulte ne dépassant pas 10 % de la valeur nominale de ces titres ».

¹⁶⁷⁰ La clause de rétroactivité entraîne des conséquences importantes en matière d'imposition des résultats. Lorsque la société absorbée enregistre des résultats pendant la période intercalaire, ceux-ci sont repris et déclarés par la société absorbante, qu'il s'agit des bénéfices ou des déficits. En effet, les sociétés parties à l'opération sont tenues de respecter toutes les conséquences de la date d'effet pour déterminer l'imposition de leurs résultats. Selon l'administration, les sociétés en cause ne peuvent pas renoncer partiellement ou totalement aux conséquences de la date d'effet prévue dans le contrat de fusion (Instruction du 3 août 2000, BOI 4 I-2-00, § 8). De même, lorsque la société absorbée ne clôture aucun exercice pendant l'année civile qui précède la fusion, la clause de rétroactivité ne dispense pas cette société de déposer une déclaration

reprise fiscale au nom de la société absorbante des opérations effectuées par l'absorbée durant la période intercalaire¹⁶⁷¹. Cette clause doit répondre à des considérations économiques et non à des considérations purement fiscales¹⁶⁷². D'autre part, les opérations de fusion au droit fiscal se caractérisent par l'existence de deux régimes, un régime spécial dit « de faveur » qui oppose au régime de droit commun. Alors que ce dernier entraîne sur le plan fiscal les effets fiscaux d'une cessation totale d'entreprise¹⁶⁷³, le régime de faveur emporte les conséquences suivantes : les plus-values constatées lors de la fusion au sein de la société absorbée sont exonérées. Les droits d'enregistrement sont considérablement allégés dans le cadre d'opérations de fusion où un droit fixe est dû. Les plus-values résultant de la distribution de titres de la société absorbante au profit des associés de la société absorbée ne sont, en principe, imposées.

Puisque le régime spécial est plus favorable que celui de droit commun¹⁶⁷⁴, les sociétés parties, pour en bénéficier, doivent l'exprimer clairement dans le traité de fusion en précisant les obligations qui en découlent pour la société absorbante¹⁶⁷⁵. A défaut, les sociétés parties sont considérées comme ayant choisi le régime de droit commun de fusion¹⁶⁷⁶. En l'absence

temporaire de résultat conformément aux exigences de l'article 37, al. 2 du Code général des impôts (CGI). Toutefois, lorsque la société appelée à disparaître a été créée pendant l'année précédente à la fusion et qu'elle est dispensée de déposer une déclaration temporaire, la prise en compte de la date d'effet rétroactif remonte à la création de cette société (Instruction du 3 août 2000, BOI 4 I-2-00, § 99).

¹⁶⁷¹ La date prise en considération par l'administration fiscale est donc celle prévue par la clause de rétroactivité insérée dans le projet de fusion. Toutefois, la clause de la rétroactivité n'est admise par l'administration que si cette clause remplit deux conditions. La première est liée au délai de la rétroactivité ; il faut que la clause ne prenne pas effet à une date antérieure à celle de l'ouverture de l'exercice pendant lequel l'accord de fusion a été conclu. La deuxième condition concerne la nature de l'opération, il faut que la clause de rétroactivité s'inscrive dans le cadre d'une gestion commerciale normale et ne relève pas de pures préoccupations d'intérêt fiscal. Les clauses abusives sont interdites.

¹⁶⁷² L'administration précise que « le contrat de fusion et la clause de rétroactivité qu'il comporte s'inscrivent dans le cadre d'une gestion commerciale normale. Le service doit donc, dans chaque cas, s'assurer que la fusion ne recouvre pas, en réalité, une opération inspirée par des préoccupations de pur intérêt fiscal. Il en serait ainsi s'il apparaissait que la fusion a essentiellement pour cause l'économie d'impôt résultant de la compensation entre les bénéfices de la société absorbante et les pertes de la société absorbée » (BOI 4 I-1-75 ; doc. adm. 4 I-1233).

¹⁶⁷³ L'opération entraîne donc diverses impositions et principalement : dans le cadre d'impôts sur les sociétés, l'imposition immédiate au nom de la société absorbée de tous les résultats non taxés y compris les plus-values réalisées du fait de la fusion et les provisions devenues sans objet. Ainsi, en matière de droits d'enregistrement, ces droits sont exigibles lors d'une augmentation de capital en cas de fusion-absorption ou d'apports transmis en cas de fusion par création de société nouvelle. Enfin, l'imposition de boni de fusion qui résulte de la distribution de titres de la société absorbante au profit des associés de la société absorbée.

¹⁶⁷⁴ Parce que le régime de droit commun est pénalisant en raison de son coût fiscal lourd.

¹⁶⁷⁵ Instr. 4 juill. 1966, § 30. ; doc. adm. 4 I 1242, § 3 : « La société absorbante doit être considérée comme la continuatrice de la société absorbée. En cette qualité, elle est tenue de s'engager dans l'acte de fusion, à respecter diverses prescriptions qui ont pour objet de lui faire assumer les obligations fiscales contractées par la société absorbée ».

¹⁶⁷⁶ Il faut souligner que le bénéfice de régime fiscal de faveur est réservé aux fusions auxquelles interviennent

de cette liberté, les sociétés parties aux fusions ont, en droit français, la liberté de choisir soit le régime spécial soit le régime de droit commun. Le choix de tel ou tel régime a des conséquences aussi bien sur les sociétés en cause (A) que sur les associés de celles-ci (B).

A. Les conséquences fiscales sur la situation des sociétés intervenant aux fusions

546. L'opération de fusion affecte tous les impôts notamment l'impôt sur les sociétés et les droits d'enregistrement. Pour chacun de ces impôts, il y a un régime spécial et un régime de droit commun. Chacun des deux régimes a des effets différents de l'autre sur la situation des sociétés participant à l'opération. Il convient, en effet, d'envisager les conséquences de chaque régime sur la situation de chaque type d'imposition sur la société absorbée (1°) et la société absorbante (2°).

1° L'imposition de la société absorbée

547. Les conséquences de la fusion à l'égard de la société absorbée sont examinées à travers de trois axes principaux : l'impôt sur les sociétés (a), la taxe sur la valeur ajoutée (b) et l'impôt de distribution (c).

a) L'impôt sur les sociétés

548. L'application du régime de faveur n'est pas obligatoire, il présente un caractère facultatif. Les sociétés participant aux fusions peuvent opter pour le régime de droit commun alors qu'elles remplissent les conditions nécessaires pour bénéficier du régime de faveur. En

des personnes morales passibles de l'impôt sur les sociétés (art. 210 C, 1, CGI ; Doc. adm. DGI 4 I-122, § 1, 1^{er} nov. 1995 ; BOI-IS-FUS-10-20-20, 13 avr. 2013, § 1).

effet, il est nécessaire d'examiner, dans le cadre de l'impôt sur les sociétés, les conséquences qu'il emporte le régime de droit commun (α) et le régime de faveur (β) à l'égard de la société absorbée.

α) En droit commun : l'imposition immédiate de la société absorbée

549. En matière fiscale, lorsque les sociétés parties à la fusion ont intérêt à choisir le régime de droit commun, l'opération ne revêt pas le caractère intercalaire qui se produit dans le régime de faveur. Elle s'analyse comme une cession des éléments actifs et passifs de la société appelée à disparaître. Dans ces conditions, l'opération entraîne, en matière d'impôt sur les sociétés, les conséquences de la cession d'une entreprise¹⁶⁷⁷. En effet, elle se traduit par l'imposition immédiate de l'intégralité des bénéfices non taxés. Cela revient à dire que le choix de régime commun emporte, pour la société absorbée, l'imposition immédiate des résultats de l'exercice en cours à la date de l'opération de fusion. Néanmoins, lorsque l'opération est effectuée avec effet rétroactif à la date de l'ouverture du dernier exercice de la société absorbée, le résultat de cette dernière est englobé dans celui de l'absorbante et imposé en même temps que lui¹⁶⁷⁸. La fusion placée sous le régime commun entraîne également l'imposition des bénéfices dont l'imposition a été différée. Tel est le cas notamment des plus-values bénéficiant du régime spécial provenant de fusion antérieure¹⁶⁷⁹. Aussi, l'opération se traduit par l'imposition des plus-values non taxées et constatées lors de la fusion. Ces plus-values résultent de l'apport de l'actif de la société absorbée à la société absorbante. De même, l'imposition immédiate des résultats de la société absorbée porte sur les provisions devenant sans objet, comme les provisions pour risques.

En revanche, l'imposition immédiate de la société absorbée a pour conséquence la réception de l'apport par la société absorbante libéré d'impôt sur les sociétés. La situation est bien différente lorsque les sociétés parties optent pour le régime spécial.

¹⁶⁷⁷ Art. 201, CGI.

¹⁶⁷⁸ J.-Y. Mercier, Fusions, apports partiels d'actifs, scissions, éd. Francis Lefebvre, 2009, n° 6610, p. 151.

¹⁶⁷⁹ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 1292, p. 275.

β) En régime de faveur : exonération partielle d'imposition

550. Lorsque la société absorbée est placée sous le régime spécial, les éléments qui composent son patrimoine sont, en principe, transférés à l'absorbante sans aucune imposition¹⁶⁸⁰. La société absorbée bénéficie, en cas de fusion, d'une exonération posée par l'article 210 A du Code général des impôts¹⁶⁸¹. Selon les dispositions de cet article, les plus-values nettes dégagées sur les éléments de l'actif immobilisé et les provisions qui conservent leur objet ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés. Ce principe connaît toutefois des tempéraments qui résident dans deux catégories : les bénéfices de l'exercice en cours à la date de l'opération de fusion¹⁶⁸² et les provisions qui deviennent sans objet¹⁶⁸³.

551. Il peut arriver que la fusion dégage une moins-value nette partielle. Dans ce cas, elle peut, lorsqu'elle est dégagée sur les éléments amortissables, soit être déduite des résultats imposables de la société absorbée, soit être reportée sur les résultats de la société absorbante. Lorsque la moins-value dégagée sur les éléments non amortissables, elle sera prise en compte par la société absorbante lors de la cession ultérieure des éléments apportés. Ce type de moins-value n'est pas donc déductible par la société absorbée¹⁶⁸⁴. Ainsi, en application de l'article 210 A du Code général des impôts, les droits afférents à un contrat de crédit-bail sont assimilés à des éléments de l'actif immobilisé. Cela signifie que la plus-value constatée sur le

¹⁶⁸⁰ Ph. Nègre, Aspects fiscaux des restructurations, RLDA 2010, n° 54.

¹⁶⁸¹ En matière de fusion transfrontalière, sont exclues du régime spécial de fusion, les opérations de fusion n'entrant pas dans le champ d'application de la directive n° 90/434/CEE du Conseil du 23 juillet 1990, lorsqu'une société, apporteuse ou bénéficiaire d'un apport, a son siège dans un Etat ou territoire n'ayant pas conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (art. 210-0 A, II, CGI). Elles bénéficient donc du régime de faveur, les fusions réalisées par les sociétés françaises, les sociétés d'un ou de plusieurs d'Etats membres de l'UE et les sociétés ayant leur siège dans un Etat ou territoire ayant conclu avec la France une convention fiscale contenant une clause d'assistance administrative en vue de lutter contre la fraude et l'évasion fiscales (instr. adm. 25 oct. 2002 BOI, 4 I-2-02, n° 23). Il faut cependant souligner que la directive du 23 juillet 1990 a été modifiée à plusieurs reprises dont les dispositions ont été recodifiées sous la directive n° 2009/133/CE du 19 octobre 2009 (JOUE, L 310/34, 25 nov. 2009).

¹⁶⁸² Ces bénéfices sont imposables au nom de la société absorbée. Néanmoins, cette règle peut être affaiblie par le recours à la clause de rétroactivité de fusion qui a pour conséquence de déplacer la date de l'opération en la faisant coïncider avec la date d'arrêté des comptes de l'absorbée.

¹⁶⁸³ Art. 210 A, 2, CGI. Pourtant, l'administration fiscale peut contester la reprise des provisions devenant sans objet dans les résultats de l'absorbée en estimant que la reprise de telles provisions est un moyen pour imputer les déficits de celle-ci. Dans cette hypothèse, l'administration doit démontrer que ces provisions avaient conservé leur objet et auraient dû bénéficier d'exonération (CE, 6 févr. 1985, n° 40309 et 50442).

¹⁶⁸⁴ Sur ce point, v. J. Schacherer, Restructurations d'entreprises, Groupe Rev. Fiduc., 1^{er} éd. 2012, n° 1419, p. 279.

contrat de crédit-bail se trouve aussi exonérée d'imposition au nom la société absorbée¹⁶⁸⁵. Cette exonération d'imposition s'étend aux titres du portefeuille qui sont traités comme des éléments de l'actif immobilisé non amortissable. En conséquence, la plus-value constatée lors des titres du portefeuille à raison d'une opération de fusion soumise au régime spécial ne trouve pas imposée chez la société absorbée, quelque soit la durée de leur détention¹⁶⁸⁶.

552. Le choix du régime de faveur fait peser sur la charge de la société absorbée des obligations qui se présentent dans deux catégories : les obligations de déclaration et les obligations de liquidation de l'impôt sur les sociétés. Quant aux premières, elles permettent à l'administration fiscale d'effectuer un contrôle de l'opération de fusion. L'entreprise doit déposer les dernières déclarations de résultat et la déclaration de cessation d'activité dans un délai de 60 jours¹⁶⁸⁷. Ce délai commence à courir à partir de la publication du projet de fusion dans un journal d'annonces légales. A défaut de dépôt de déclaration, la société absorbée sera imposée à une taxation d'office¹⁶⁸⁸. S'agissant de l'obligation de liquidation du solde de l'impôt sur les sociétés, ce solde doit être payé à l'expiration du délai de dépôt de déclaration de 60 jours. La société absorbée doit acquitter le solde de l'impôt sur les sociétés jusqu'à la réalisation définitive de l'opération de fusion même si les sociétés en présence ont accordé à l'opération un effet rétroactif¹⁶⁸⁹.

Les incidences fiscales de la fusion sur la situation de la société absorbée dépassent l'impôt sur les sociétés : elles s'étendent à la taxe sur la valeur ajoutée. Dans cette matière, la société absorbée bénéficie en principe d'une exonération totale.

¹⁶⁸⁵ Voir art. 210 1, 5, et 39 duodecies, CGI.

¹⁶⁸⁶ Art. 210 A, 6, CGI ; doc. adm. 4, I, 1241-14.

¹⁶⁸⁷ Les obligations de déclaration sont fixées par l'article 201 du CGI.

¹⁶⁸⁸ En outre, la société absorbée doit produire un état de suivi des plus-values d'apport exonérées faisant apparaître, pour chaque nature d'élément, les renseignements nécessaires au calcul du résultat imposable de la cession ultérieure des éléments considérés, et la valeur du mali technique de fusion (art. 54 septies, CGI ; BO, 4, I-1-02, n° 13).

¹⁶⁸⁹ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 1166, p. 231.

b) L'exonération totale d'imposition quant à la taxe sur la valeur ajoutée

553. La situation de la société absorbée au regard de la taxe sur la valeur ajoutée est simplifiée par le législateur¹⁶⁹⁰. Quel que soit le régime choisi au regard de l'impôt sur les sociétés, la fusion demeure une opération neutre en matière de la TVA. Le régime de neutralisation est bien édicté par l'article 257 bis du Code général des impôts dans les opérations emportant transfert universel de patrimoine¹⁶⁹¹. Aux termes de l'article 257 bis du CGI, la société absorbée est dispensée de la TVA sur les opérations de livraison de biens et de prestation de services réalisées à l'occasion de la transmission d'une universalité totale de biens¹⁶⁹². Sont regardés comme la transmission d'une universalité totale de biens, les apports effectués dans le cadre de fusion dans la mesure où elle emporte le transfert universel de patrimoine de la société absorbée au profit de la société absorbante¹⁶⁹³. Pour bénéficier de cet avantage, l'opération doit être subordonnée à une transmission entre deux redevables de la TVA. Lorsque l'opération est effectuée entre une entreprise redevable de la TVA au profit d'une entreprise non redevable, les dispositions de l'article 257 bis du CGI ne reçoivent pas application¹⁶⁹⁴.

554. Selon l'administration fiscale, la dispense de la TVA présente un caractère obligatoire et n'est pas subordonnée à la prise d'un engagement formel par le bénéficiaire de la transmission d'opérer, s'il y a lieu, des régularisations du droit à déduction antérieurement exercé par le cédant au titre des biens transmis. En effet, cet engagement résulte de la loi, le bénéficiaire de la transmission étant réputé continuer la personne du cédant¹⁶⁹⁵. La dispense de taxation s'opère donc de plein droit et ne constitue pas donc un choix offert aux sociétés parties à l'opération de fusion. L'administration ajoute « la dispense de taxation ne concerne pas les opérations dont le fait générateur interviendrait avant ou après cette transmission. Elle ne bénéficie donc pas aux prestations de services réciproques que se seraient rendues les deux parties à une transmission d'universalité antérieurement à cette opération et dont le paiement aurait été opéré par compensation au moment de la transmission. Dans une telle hypothèse, l'exigibilité de la TVA afférente à ces prestations doit donc être considérée comme étant

¹⁶⁹⁰ La taxe sur la valeur ajoutée n'est pas en droit syrien.

¹⁶⁹¹ J.-Y. Mercier, Fusions, apports partiels d'actifs, scissions, préc, n° 2000, p. 47.

¹⁶⁹² Art. 257 bis, al. 1^{er}, CGI.

¹⁶⁹³ Dans ce sens, v. J. Schacherer, Restructurations d'entreprises, préc, n° 1329, p. 257.

¹⁶⁹⁴ M. Chadeaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 1310, p. 279.

¹⁶⁹⁵ Res. fisc. n° 2006/34, 12 nov. 2006.

intervenue à cette date »¹⁶⁹⁶.

La dispense de la TVA porte sur l'ensemble des biens et des services objet de la transmission universelle. Tel est le cas des biens mobiliers corporels et incorporels, des biens détenus en stock, de terrains à bâtir et d'immeubles entrant dans le champ d'application de la TVA immobilière. La société absorbée doit mentionner le montant total hors taxe de l'opération de l'universalité transmise sur la déclaration de la TVA souscrite pendant la période au cours de laquelle celle-ci est opérée¹⁶⁹⁷.

Est aussi exonérée d'imposition en matière d'impôt de distribution, la société absorbée en bénéficie mais sous certaines conditions.

c) L'impôt de distribution : une exonération sous conditions

555. Il peut arriver que la fusion emporte l'apparition, dans la société absorbée, d'un boni de fusion. Ce dernier illustre la différence entre le montant des apports que la société absorbée avait reçu de ses associés et la valeur de son actif net au jour de la réalisation de l'opération. Faute de texte spécial, le boni de fusion se trouve imposable en tant que revenu distribué dans les mêmes conditions d'une distribution de bénéfices¹⁶⁹⁸. Toutefois, lorsque la société absorbée détient des titres de la société absorbante, il n'est pas possible, en profitant de l'opération de fusion, de procéder à l'attribution des titres aux associés de l'absorbée en franchise d'impôt. Dans ce cas de figure, l'absorbée va comprendre sa participation dans l'absorbante parmi les actifs dont elle fait apport. En d'autres termes, l'absorbée va apporter l'ensemble de son actif, y compris les parts ou les actions qu'elle détient dans le capital de l'absorbante, alors que l'absorbante procède à l'annulation de ses propres titres reçus en apport¹⁶⁹⁹. Lorsqu'elle décide d'annuler cette participation qu'elle a accueillie par voie d'apport, la société absorbante pourrait avoir pour conséquence à constater une plus-value¹⁷⁰⁰. Cette plus-value se trouve exonérée d'imposition dès lors que l'opération est soumise au

¹⁶⁹⁶ Res. fisc. n° 2006/34, 12 nov. 2006.

¹⁶⁹⁷ Cette mention est portée sur la ligne 05 « Autres opérations non imposables ».

¹⁶⁹⁸ D. adm. 4 J-1225, n° 11, 1^{er} nov. 1995 ; A. Beetschen, Ch. Clement, B. Gouthière, D. Gautmann et J.-Y. Mercier, *Mémento groupes de sociétés*, préc, n° 10211.

¹⁶⁹⁹ M. Chadeaux, *Les fusions de sociétés*, préc, n° 1408, p. 290.

¹⁷⁰⁰ J.-Y. Mercier, *Fusions, apports partiels d'actifs, scissions*, préc, n° 2390, p. 51.

régime de faveur prévu à l'article 210 A du CGI¹⁷⁰¹. En revanche, cette plus-value fait, sous l'empire de droit commun, l'objet d'une imposition immédiate¹⁷⁰². Elle n'est exonérée que dans la mesure où elle porte sur des titres de participation détenus depuis au moins deux ans¹⁷⁰³.

556. Dans le cas où la société absorbante détient des titres de la société absorbée, l'impôt de distribution se trouve effacé parce qu'il est interdit à l'absorbante de créer des droits sociaux afin de rémunérer ses propres titres dans l'actif apporté¹⁷⁰⁴. Il en va de même pour la société absorbante détenant la totalité du capital de la société absorbée.

Ce n'est pas seulement la société absorbée qui est concernée par les conséquences fiscales des fusions, ces conséquences sont globales et s'étendent à la société absorbante. Cette dernière n'échappe pas d'imposition en matière fiscale.

2° L'imposition de la société absorbante

557. La société absorbante ne se trouve pas à l'abri de toute imposition lors de la fusion. Les conséquences de cette opération à l'égard de l'absorbante seront examinées au regard de l'impôt sur les sociétés (a), la taxe sur la valeur ajoutée (b) et des droits d'enregistrements (c).

¹⁷⁰¹ Art. 210 A, 1, al. 2, CGI ; doc. adm. 4 I-1244, n° 5 et 6, 1er, nov. 1995.

¹⁷⁰² BOI-IS-FUS-10-50-20, n° 10, 19 sept. 2012 ; Instr. 30 déc. 2005, 4 I-1-05, n° 44.

¹⁷⁰³ Les titres de participation revêtant ce caractère sur le plan comptable sont les actions acquises en exécution d'une offre publique d'achat ou d'échange par l'entreprise qui en est l'initiatrice et les titres ouvrant droit au régime des sociétés mères si ces actions ou titres sont inscrits en comptabilité au compte titres de participation ou à une subdivision spéciale d'un autre compte du bilan correspondant à leur qualification comptable, à l'exception des titres des sociétés à prépondérance immobilière (art. 219, a quinquies, al. 3, CGI). Sont considérées comme des sociétés à prépondérance immobilière les sociétés dont l'actif est, à la date de la cession de ces titres ou a été à la clôture du dernier exercice précédant cette cession, constitué pour plus de 50 % de sa valeur réelle par des immeubles, des droits portant sur des immeubles, des droits afférents à un contrat de crédit-bail conclu dans les conditions prévues au 2 de l'article L. 313-7 du code monétaire et financier ou par des titres d'autres sociétés à prépondérance immobilière. Pour l'application de ces dispositions, ne sont pas pris en considération les immeubles ou les droits mentionnés à la phrase précédente lorsque ces biens ou droits sont affectés par l'entreprise à sa propre exploitation industrielle, commerciale ou agricole ou à l'exercice d'une profession non commerciale (art. 219, a sexies -0 bis, CGI sur renvoi de l'art. 219, a, al. 3, CGI).

¹⁷⁰⁴ Dans cette hypothèse, l'absorbante peut créer des titres pour rémunérer les droits sociaux autres qu'elle-même (la technique de fusion-renonciation) ; art. L. 236-3, II, C. com.

a) L'impôt sur les sociétés

558. Au regard de l'impôt sur les sociétés, les incidences fiscales de la fusion pour la société absorbante diffèrent selon que les sociétés en présence ont décidé de placer l'opération sous l'empire du régime droit commun (α) ou celui de faveur (β).

α) L'imposition immédiate sous le régime de droit commun

559. Sous l'empire de droit commun, la fusion entraîne l'imposition immédiate des résultats de la société absorbée et la transmission de ses apports à la société absorbante libérés de toute imposition. Cela revient à dire que la société absorbante ne peut pas être imposée à un apport ayant déjà imposée au nom de la société absorbée. L'absorbante reçoit donc l'apport de l'absorbée libéré de l'impôt sur les sociétés. Il s'ensuit, les provisions constituées par la société absorbée ne trouvent pas, en principe, transmises à la société absorbante¹⁷⁰⁵. Sous ce régime, la société absorbante constate une augmentation de son capital qui correspond au montant net des éléments d'actif accueillis lors de la fusion. De ce fait, l'absorbante doit inscrire les apports reçus pour la valeur qu'ils avaient dans les comptes de l'absorbée. Les apports sont transcrits au bilan de l'absorbante en fonction de leur valeur réelle ou comptable dans les livres de l'absorbée. Lorsque la fusion a lieu entre deux entités distinctes, l'opération est effectuée en prenant compte de la valeur réelle des apports. L'absorbante transcrit à son bilan les apports accueillis d'après leur valeur réelle au jour de la réalisation de l'opération de fusion¹⁷⁰⁶.

¹⁷⁰⁵ J. Schacherer, Restructurations d'entreprises, préc, n° 1500, p. 291.

¹⁷⁰⁶ Le règlement du CRC du 4 mai 2004 énonce que « lorsque les apports sont évalués à la valeur réelle, les valeurs individuelles des actifs et passifs apportés correspondent aux valeurs réelles attribuées à chacun des éléments inscrits dans le traité d'apport, figurant ou non à l'actif (par exemple les marques ou les impôts différés actifs) ou au passif (par exemple les provisions pour retraites ou les impôts différés passifs) du bilan de l'absorbée ou de la société apporteuse à la date de l'opération » (art. 4.4 de l'annexe au règlement CRC n° 2004-01 du 4 mai 2004). En contrepartie, lorsque les éléments apportés n'étaient pas comptabilisés antérieurement par l'absorbée, l'avis Comité d'urgence du CNC n° 2005-C du 4 mai 2005 estime qu'« il est préférable de ventiler le prix de cession, sur le plan comptable, afin d'avoir une correspondance entre ses écritures, le traité d'apport, et la reprise des éléments transmis dans la comptabilité de la société bénéficiaire de l'apport » (question n° 4) ; voir également Instr. 30 déc. 2005, 4 I-1-05, n° 35. Dans le cas où les éléments

560. D'ailleurs, chaque fois que la fusion met en présence deux entités sous contrôle commun, les éléments d'actif et de passif sont valorisés à leur valeur comptable. L'absorbante transcrit dans ses comptes les apports reçus pour la valeur comptable qu'ils avaient dans les écritures de l'absorbée. En inscrivant à son compte les apports reçus à leur valeur nette comptable, l'absorbante n'est pas tenue de reprendre la valeur brute de ces apports¹⁷⁰⁷.

Cependant, la situation de la société absorbante au regard de l'impôt sur les sociétés est différente dès lors que la fusion est placée sous le régime de faveur.

β) L'existence des droits particuliers lorsque la fusion est soumise au régime spécial

561. Lorsque l'opération de fusion est placée sous le régime spécial, elle entraîne des conséquences fiscales au niveau de la société absorbante. Ces conséquences sont fixées dans l'article 210 A du CGI qui précise les engagements mis à la charge de la société absorbante, ainsi que les droits dont bénéficie cette dernière. La société absorbante est tenue, dans le traité de fusion, de respecter les engagements suivants : elle doit, tout d'abord, reprendre à son passif certains éléments tels que la réserve spéciale de plus-values à long terme¹⁷⁰⁸, les provisions pour dépréciation, les provisions pour risques et charges, les provisions réglementées, les provisions pour hausse des prix et les prévisions pour fluctuation des cours¹⁷⁰⁹. Ensuite, en deuxième lieu, la société absorbante doit réintégrer les résultats dont l'imposition a été différée au sein de la société absorbée¹⁷¹⁰. Ainsi, pour que les réintégrations soient poursuivies par la société absorbante, l'étalement des plus-values opéré par la société absorbée, doit être plafonné à une durée de quinze ans à l'intérieur de laquelle la société absorbée fait l'objet d'une fusion¹⁷¹¹. En troisième lieu, l'absorbante doit calculer les plus-values concernant les éléments non amortissables d'après la valeur des biens dans les apports

d'actif et de passif non comptabilisés par la société apporteuse sont valorisés lors de l'apport et repris dans les écritures de la société bénéficiaire de l'apport, il convient d'analyser de manière individuelle le traitement fiscal des produits et charges générés par cette valorisation (BOI-IS-FUS-30-20, n° 230, 12 sept. 2012 ; Instr. 30 déc. 2005, 4 I-1-05, n° 36).

¹⁷⁰⁷ J.-Y. Mercier, Fusions, apports partiels d'actifs, scissions, préc, n° 4440, p. 91.

¹⁷⁰⁸ Art. 210 A, 3, a, CGI ; doc. adm. 4 I-1242, n° 24 à 37.

¹⁷⁰⁹ Sur cette question, v. Ph. Oudenot, Fiscalité approfondie des sociétés, préf. M. Cozian, 2^e éd. Litec, 2001, n° 1621.

¹⁷¹⁰ Art. 210 A, 3, b, CGI ; doc. adm. 4 I-1242, n° 40.

¹⁷¹¹ F. Dal Vecchio, Chronique de droit fiscal des entreprises, Hebod éd. fisc. 2013, n° 520.

de l'absorbée. Les plus-values constatées lors des éléments non amortissables, tels que les fonds de commerce et les terrains, bénéficient d'un sursis d'imposition jusqu'à la cession de ces biens par l'absorbante. De ce fait, l'absorbante doit calculer la plus-value en prenant compte de la valeur d'origine du bien dans les écritures de l'absorbée¹⁷¹². En quatrième lieu, l'absorbante doit réintégrer dans ses résultats les plus-values dégagées à l'occasion de l'apport des biens amortissables¹⁷¹³. Cette réintégration est étalée par parts sur une durée de cinq ans, qui peut arriver à quinze ans en ce qui concerne les constructions¹⁷¹⁴. Lorsque l'absorbante cède l'un de ses biens amortissables, elle réintègre dans ses bénéfices imposables la fraction de la plus-value afférente à ce bien et qui n'a pas encore été taxée¹⁷¹⁵.

Enfin, la société absorbante doit inscrire au bilan de son passif les plus-values en sursis d'imposition¹⁷¹⁶. Sur ce point, le droit fiscal a institué deux conditions de forme supplémentaire qui concerne, d'une part, l'état de suivi des plus-values en sursis d'imposition devant être joint à la déclaration de résultat¹⁷¹⁷ et, d'autre part, un registre des plus-values en sursis d'imposition tenu par l'absorbante¹⁷¹⁸ qui doit apparaître à la date de la fusion, la nature des biens transmis, leur valeur comptable d'origine, leur valeur fiscale ainsi que leur valeur d'échange¹⁷¹⁹. Ainsi, l'absorbante s'engage à conserver les titres, relevant du régime des sociétés mères et filiales, pendant au moins deux ans à partir de la date de leur souscription ou de leur acquisition par l'absorbée¹⁷²⁰.

562. Quant aux droits de la société absorbante, elle bénéficie a priori d'un droit au report déficitaire de l'absorbée à la condition qu'il y ait un agrément ministériel¹⁷²¹ autorise l'imputation dans l'absorbante des déficits de l'absorbée¹⁷²². Ensuite, les intérêts différés non encore déduits par l'absorbée sont transférés, sur agrément, à l'absorbante et imputable sur ses

¹⁷¹² Art. 210 A, 3, c, CGI.

¹⁷¹³ Art. 210 A, 3, d, CGI.

¹⁷¹⁴ La réintégration des constructions peut être effectuée sur la durée moyenne pondérée d'amortissement de ces biens lorsque la plus-value à réintégrer excède 90 % de la plus-value nette globale de l'opération de fusion.

¹⁷¹⁵ C. Maurice, Le régime fiscal applicable aux fusions de sociétés, Bull. Joly sociétés, 1992, n° 12, p. 1263.

¹⁷¹⁶ Art. 210 A, 3, e, CGI.

¹⁷¹⁷ Voir l'article 54 septies I, CGI.

¹⁷¹⁸ Instr. 17 janv. 2002 : BOI 4 I-1-02. En cas de non respect de cet engagement, la société absorbante sera punie d'une amende égale à 5 % des résultats omis (pour l'obligation concernant l'état de suivi, art. 1763-I, e, CGI ; BO 4 I-1-02, n° 45 à 48 ; pour l'obligation concernant le registre, art. 1763-I, d, CGI ; BO 4 I-1-02, n° 57 à 59).

¹⁷¹⁹ Art. 54 septies II, al. 2, CGI.

¹⁷²⁰ Art. 145, 1, c, CGI.

¹⁷²¹ Les agréments auxquels est subordonné l'octroi d'avantages fiscaux prévus par la loi sont délivrés par le ministre chargé du budget (art. 1649 nonies, CGI).

¹⁷²² J. Maïa, L'agrément fiscal : instrument d'intervention économique ou de sécurité juridique ?, RJF 2001, n° 2, p. 99 et s.

bénéfices ultérieurs¹⁷²³. En troisième lieu, en contrepartie de l'obligation de réintégrer la plus-value de la fusion, la société absorbante bénéficie, après la fusion ou lors de la cession des biens, des droits sur les éléments amortissables qui lui sont transférés¹⁷²⁴. L'absorbante peut bénéficier du délai de détention concernant les titres cédés où elle est réputée avoir acquis ces titres lors de leur entrée dans le patrimoine de l'absorbée. Lorsque ces titres ont été détenus par l'absorbée pendant au moins deux ans à la date de l'opération de fusion, elle n'a pas besoin d'un délai supplémentaire de conservation¹⁷²⁵. Enfin, la société absorbante bénéficie des agréments fiscaux accordés à la société absorbée préalablement à l'opération de fusion¹⁷²⁶.

Outre l'impôt sur les sociétés, la fusion a des incidences fiscales sur la société absorbante au regard de la taxe sur la valeur ajoutée.

b) La taxe sur la valeur ajoutée

563. En matière de fusion, le bénéficiaire de cette opération est pleinement subrogé aux droits et obligations de l'entité absorbée. A cet titre, il peut opérer la déduction d'une TVA qui lui a été facturée au titre de dépenses engagées par l'entité absorbée avant la fusion pour la réalisation d'une opération ouvrant droit à déduction, et non déduite à cette date. L'absorbante peut bénéficier du transfert du crédit de TVA attaché à la personne absorbée dont le remboursement n'a pas été demandée par celle-ci avant sa disparition juridique. Elle peut également bénéficier du transfert de l'option à la TVA formulée par la personne absorbée au titre d'un immeuble ou d'un ensemble d'immeubles, sur le fondement des dispositions de

¹⁷²³ Art. 209, II, CGI. Néanmoins, cette disposition vise seulement les intérêts servis par une société à l'ensemble des sociétés liées directement ou indirectement (art. 212, II, CGI). C'est-à-dire, lorsqu'il existe un lien de dépendance entre les sociétés parties à l'opération (art. 39, 12, CGI).

¹⁷²⁴ Pour la fusion réalisée en fonction de la valeur réelle, l'absorbante peut pratiquer l'amortissement dégressif sur les biens qui lui sont transférés. La durée d'amortissement est prévue par l'absorbante à la date de la fusion qui peut être différente de celle qui restait à courir au sein de l'absorbée (doc. adm. 4 I-1242, n° 96). Lorsque l'opération est faite en valeur comptable, l'absorbante continue à poursuivre le plan d'amortissement établi par l'absorbée et amorti les biens accueillis la période restant à courir à la date de la fusion.

¹⁷²⁵ J.-Y. Mercier, Fusions, apports partiels d'actif, scission, préc, n° 4180, p. 85.

¹⁷²⁶ Le transfert des avantages fiscaux peut être opéré soit de plein droit (par exemple, les aides fiscales faites aux implantations dans certaines zones du territoire : art. 1465, CGI), soit sur une décision préalable autorisant le maintien de l'agrément dans la mesure où l'absorbante se substitue à l'absorbée pour remplir ses engagements (doc. adm. 4 I-1242, n° 98 et 99).

l'article 260-2° du CGI¹⁷²⁷. En revanche, la société absorbante s'engage à soumettre les cessions ultérieures des biens à la TVA dont l'absorbée a obtenu une exonération totale ou partielle¹⁷²⁸. Elle doit, en plus, effectuer les régularisations de déduction auxquelles aurait tenue l'absorbée si elle avait continué l'exploitation de ses biens¹⁷²⁹.

Elle reste à savoir que l'imposition de la société absorbante en matière de droits d'enregistrement est en fonction de son capital.

c) La perception des droits d'enregistrement est en fonction du capital

564. En matière des droits d'enregistrement, les sociétés qui participent aux fusions sont soumises au régime de droit commun des apports en sociétés au même titre qu'au régime de faveur, indépendamment du régime spécial qui s'applique en matière d'impôt sur les sociétés¹⁷³⁰. Le régime de faveur s'applique de plein droit dès lors que les sociétés en cause sont passibles de l'IS à la date de la réalisation effective de la fusion¹⁷³¹. Autrement dit, lorsque les sociétés intervenant à la fusion remplissent les conditions exigées par les textes, elles n'ont pas de choix à opérer entre le régime de droit commun et celui de faveur. Dans ce cas de figure, lorsque les sociétés en cause n'ont pas l'occasion de bénéficier du régime de faveur au regard des droits d'enregistrement, elles n'ont qu'à appliquer le régime de droit commun¹⁷³². La mise en œuvre de ce régime déclenche le versement de droits dont le montant diffère selon qu'on est en présence d'apports à titre pur et simple ou d'apport à titre onéreux. En cas d'existence d'apports à titre pur et simple, un droit fixe de 375 € porté à 500 €, pour les sociétés ayant un capital d'au moins 225 000 €, trouve application¹⁷³³. En plus, ces apports peuvent être soumis au droit de mutation ou à la taxe de publicité foncière énoncée par l'article 810, III du

¹⁷²⁷ Res. n° 2006/34 (TCA), 12 sept. 2006.

¹⁷²⁸ Art. 261, 3-1°-a, CGI.

¹⁷²⁹ Cette obligation s'impose à l'absorbante en contrepartie de la dispense de TVA dont elle a bénéficié l'absorbée en application de l'article 257 bis du CGI.

¹⁷³⁰ J.-L. Pierre, Application du régime spécial de fusion, *Droit des sociétés*, 2004, n° 8, comm. 160.

¹⁷³¹ J. Schacherer, *Restructurations d'entreprises*, préc., n° 1326, p. 254 et s.

¹⁷³² La mise en œuvre du régime de droit commun s'opère lorsque la société absorbante n'est pas soumise à l'IS ainsi que les apports ne sont pas rémunérés dans les conditions posées par l'article 301 F de l'annexe II au CGI (apports rémunérés par des biens autres que des droits sociaux dans une limite excédant 10 %).

¹⁷³³ Art. 810, I, CGI.

CGI¹⁷³⁴. D'ailleurs, lorsque le patrimoine transmis comporte des apports à titre onéreux, soustraits aux aléas sociaux ou lorsque l'absorbante est chargée de payer le passif de l'absorbée, ceux-ci sont assujettis au droit proportionnel de mutation dont le taux est déterminé en fonction de la nature des biens apportés¹⁷³⁵.

565. En revanche, lorsque les sociétés parties aux fusions remplissent les conditions nécessaires, le régime de faveur s'applique de plein droit. Il donne lieu à l'application d'un droit fixe de 375 € pour la société ayant un capital inférieur à 225 000 € et de 500 € lorsque le capital de celle-ci est supérieur à 225 000 €¹⁷³⁶. Pour l'application de ces tarifs, la valeur du capital pris en compte est celle de la société absorbante ou de la société bénéficiaire de l'apport à l'issue de l'opération de fusion¹⁷³⁷. Dans ce régime, la prise en charge du passif dont sont grevés les apports est exonérée de tous droits et taxes de mutation ou de publicité foncière¹⁷³⁸. Toutefois, les droits et taxes de mutation demeurent exigibles dans les conditions de droit commun dans le cas où l'opération de fusion comporte des apports à titre onéreux autres que ceux qui résultent de la prise en charge du passif par l'absorbante¹⁷³⁹.

Ce n'est pas seulement les sociétés parties à la fusion sont affectées par le régime fiscal adopté à l'occasion de la fusion, cette opération affecte également largement la situation des associés des sociétés participantes.

¹⁷³⁴ Ce traif est fixé à 2,20 % pour les apports qui ont pour objet un immeuble ou des droits immobiliers (art. 810, III, CGI) et il arrive à 2, 60 % pour ceux qui ont pour objet un fonds de commerce, une clientèle, un droit à un bail ou à une promesse de bail (art. 719, CGI). Néanmoins, ce dernier taux peut être réduit à 1 % si les titres reçus en contrepartie de l'apport ont été conservés pendant trois ans.

¹⁷³⁵ G. Laval, Fasc. 40 : Sociétés. – Droits d'enregistrement perçus au cours de la société. – Augmentation de capital. – Fusions. Scissions. – Apports partiels d'actif, JCI Enregistrement Traité, 2011, n° 55 et 56.

¹⁷³⁶ Art. 816, I, 1°, CGI.

¹⁷³⁷ BOI-ENR-DG-20-30-30-10, n° 160, 12 sept. 2012. En revanche, la perception des droits d'enregistrement dépend d'un pourcentage calculé selon la valeur d'apport de la société absorbée avant et au jour de la réalisation de la fusion.

¹⁷³⁸ Art. 816, I, 3°, CGI.

¹⁷³⁹ M. Chdefaux, Les fusions de sociétés, préc, n° 1413, p. 292.

B. Les conséquences fiscales de la fusion sur les associés des sociétés parties à l'opération

566. En raison de la transmission universelle de patrimoine, la fusion peut affecter la situation fiscale des associés des sociétés en cause. L'imposition de ceux-ci est en fonction de la qualité d'associé, s'il est personne physique ou morale. Il convient, en effet, d'envisager distinctement les incidences fiscales sur la situation des associés de l'absorbée et celles sur la situation des associés de l'absorbante.

1° La situation des associés de la société absorbée : l'exonération est en fonction de la qualité d'associé

567. Lorsque la société absorbée est dissoute, ses associés reçoivent, au lieu et place des titres de celle-ci, des titres de la société absorbante. A la faveur de l'échange des titres, les associés de l'absorbée deviennent associés de l'absorbante. Les associés de l'absorbée perdent donc les titres qu'ils détenaient afin d'acquérir de nouveaux titres de l'absorbante. Le traitement fiscal de cette substitution peut se heurter à des problèmes liés à la personne de l'associé de l'absorbée. Cela revient à dire que les incidences fiscales de la fusion sur la situation des associés de l'absorbée diffère selon qu'on est en présence d'une personne physique ou morale.

568. Quant à la personne physique, le gain éventuellement réalisé par l'associé du fait de la disparition de sa société est en général imposable en tant boni de liquidation¹⁷⁴⁰. Cette conséquence est néanmoins écartée par l'article 115 du CGI qui précise qu'en cas de fusion de sociétés, « l'attribution de titres, sommes ou valeurs aux membres de la société apporteuse en contrepartie de l'annulation des titres de cette société n'est pas considérée comme une distribution de revenus mobiliers »¹⁷⁴¹. Puisqu'il ne fait pas de distinction, cette disposition s'applique aux fusions soumises au régime de faveur au même titre du régime de droit

¹⁷⁴⁰ BOI-RPPM-RCM-10-20-40-10, 12 sept. 2012.

¹⁷⁴¹ Art. 115-1, CGI.

commun. Si le gain d'échange n'est pas qualifié de revenu distribué, il s'analyse néanmoins, en droit fiscal, en une cession à titre onéreux et imposable, par la suite, en tant que plus-value¹⁷⁴². Toutefois, la plus-value constatée par l'associé bénéficie d'un sursis d'imposition¹⁷⁴³. En cas d'échange avec soult, le montant de la soute reçue n'est pas taxé lorsqu'il n'excède pas 10 % de la valeur nominale des titres reçus. Il sera pris en compte pour le calcul de plus-value résultant de la cession ultérieure des titres reçus¹⁷⁴⁴.

569. Dans le cas où les titres de la société absorbée figurent au bilan d'une entreprise, les règles propres à la fiscalité des entreprises reçoivent application¹⁷⁴⁵. Pour ce faire, l'associé personne morale de l'absorbée peut bénéficier d'un sursis d'imposition énoncé à l'article 38 du CGI¹⁷⁴⁶. En cas de cession ultérieure des titres remis en échange, la plus-value éventuellement réalisée devrait faire l'objet d'une imposition¹⁷⁴⁷. La plus-value taxée sera calculée en fonction de la valeur fiscale d'origine des titres de l'absorbée. Lorsque l'absorbante est associée de l'absorbée, il convient, en pratique, d'annuler dans son bilan la participation qu'elle détenait dans l'absorbée. Cette annulation a pour conséquence de faire apparaître soit un boni de fusion, soit un mali de fusion. Lorsque la fusion est placée sous le régime de droit commun, le boni de fusion est imposable selon le régime des plus-values à long terme si les conditions nécessaires sont réunies¹⁷⁴⁸. A défaut, il sera imposable au taux de droit commun. Le boni de fusion est, en contrepartie, exonéré dans le cadre du régime spécial¹⁷⁴⁹. Par ailleurs, le mali de fusion constitue une perte déductible des résultats de l'absorbante parce qu'il reflète un appauvrissement véritable chez l'absorbante¹⁷⁵⁰.

Toutefois, la situation est différente quant aux associés de la société absorbante dans la mesure où celle-ci maintient sa personnalité juridique.

¹⁷⁴² D. Gutmann, *Droit fiscal des affaires*, LGDJ, 4^e éd. 2013, n° 721, p. 442.

¹⁷⁴³ Art. 150-0 B, CGI.

¹⁷⁴⁴ Art. 150-0 D, 9, CGI.

¹⁷⁴⁵ M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, LexisNexis, 38^e éd. 2014, n° 1935, p. 739.

¹⁷⁴⁶ Art. 38-7 bis, CGI.

¹⁷⁴⁷ Ph. Oudenot, *Fiscalité des groupes et des restructurations*, LexisNexis, 2011, n° 816, p. 316.

¹⁷⁴⁸ Le boni de fusion est imposable dans le cas où les titres annulés sont des titres de participation détenus depuis au moins deux ans.

¹⁷⁴⁹ Art. 210 A-1, al. 2, CGI.

¹⁷⁵⁰ En parallèle du mali de fusion, il existe un faux mali ou mali technique constaté pour les fusions évaluées à la valeur comptable lorsque la valeur nette des titres de la société absorbée figurant à l'actif de la société absorbante est supérieure à l'actif net comptable apporté (CRC, régl. n° 2004-01, § 4.5.2). Il ne constitue un appauvrissement de l'absorbante et n'ouvre donc droit à déduction fiscale.

2° Les associés de la société absorbante : la limitation des conséquences fiscales

570. La fusion n'a pas beaucoup d'incidences fiscales pour les associés de l'absorbante dans la mesure où ceux-ci conservent les titres qu'ils détenaient préalablement à la fusion dans la société absorbante. Leur pourcentage de détention peut néanmoins être dilué du fait de l'attribution des titres au profit des associés de l'absorbée notamment dans le cadre du régime mère-fille. Dans ces perspectives, lorsque l'associé personne morale possédait depuis au moins deux ans plus de 5 % du capital de l'absorbante, l'augmentation du capital de cette dernière lors de la fusion peut entraîner une dilution de la participation de cet associé. Si sa participation s'abaisse en deçà du seuil des 5 %, le régime des sociétés mères-filiales va disparaître¹⁷⁵¹. Pour continuer à bénéficier de ce régime, la société mère doit augmenter sa participation dans le capital de l'absorbante.

571. Cependant, il peut arriver que la société absorbée soit associée de la société absorbante. C'est-à-dire que l'absorbée détient une participation au capital de l'absorbante. Dans ce cas, cette dernière s'engage à procéder à l'annulation de ses propres titres reçus en apport de la société absorbée. La plus-value réalisée de cette annulation est exonérée conformément aux dispositions de l'article 210 A-I du CGI qui énonce qu'il est exonéré de l'impôt sur les sociétés « la plus-value éventuellement dégagée par la société absorbante lors de l'annulation des actions ou parts de son propre capital qu'elle reçoit et qui correspondent à ses droits dans la société absorbée ».

Il pourra en conséquence être démontré que, malgré l'existence de deux régimes d'imposition, les conséquences fiscales de la fusion sur les sociétés parties demeurent lourdes par rapport au régime fiscal applicable en droit syrien. Si la société absorbée est partiellement exonérée, sous le régime de faveur, en matière d'impôt sur les sociétés, la société absorbante ne peut pas échapper à cette imposition. La situation est pourtant différente en droit syrien qui énonce une règle générale d'exonération dont bénéficient toutes les sociétés parties à l'opération de fusion.

¹⁷⁵¹ M. Cozian et F. Deboissy, *Précis de fiscalité des entreprises*, préc, n° 1938, p. 740.

§II. La généralisation du régime fiscal de fusion en droit syrien : exonération totale d'imposition

572. A l'instar du droit français, les conséquences fiscales de la fusion sont normalement en droit syrien lourdes. En droit fiscal, la fusion entraîne l'imposition des résultats de l'exercice en cours jusqu'à la date de la réalisation définitive de l'opération, ainsi que l'imposition des éléments amortissables et non amortissables constatés lors de la fusion. Toutefois, le législateur syrien, comme le législateur français, a instauré un régime spécial plus favorable destiné aux opérations de fusion. Mais, à l'inverse de droit français, ce régime n'est pas facultatif, il a le caractère obligatoire et général et s'applique sans aucune condition. En conséquence, il n'y a pas lieu d'établir une distinction entre la société absorbée et la société absorbante. Ce régime a été créé dans le seul but d'encourager la réalisation des opérations de fusion (A). À ce stade, le droit syrien est allé plus loin que le droit français en matière d'impôt à la société en conférant des prérogatives à la réalisation de fusion. En contrepartie, le droit fiscal syrien s'est éloigné du droit français quant à la taxe sur la valeur ajoutée (B).

A. L'encouragement des opérations de fusion

573. Il paraît que le législateur syrien a fait un progrès remarquable lorsqu'il a créé un régime particulier pour la fusion en matière d'impôt sur la société. En le faisant, il encourage les sociétés à fusionner dans la mesure où il les exonère de toute imposition. Donc, en droit commun, les sociétés en cause font l'objet d'une imposition (1°), alors qu'en droit spécial, elles sont exonérées de l'impôt sur la société (2°).

1° L'impôt sur la société en droit commun

574. En droit fiscal, lorsqu'une société intervient dans une opération de fusion, elle fait l'objet d'une imposition. Comme en droit français, l'opération peut être analysée comme une cession des éléments actifs et passifs de la société amenée à disparaître. Dans ce cas de figure, l'opération entraîne, en matière d'impôt sur les sociétés, les conséquences de la cession d'une entreprise. Or, l'opération se traduit par l'imposition immédiate des bénéfices non taxés¹⁷⁵². Elle implique l'imposition immédiate des résultats de l'exercice en cours jusqu'à la date de la fusion. La fusion entraîne donc l'imposition des bénéfices nets réalisés pendant l'année fiscale du 1^{er} janvier jusqu'au 31 décembre¹⁷⁵³. Lorsque la fusion est effectuée, par exemple, en juin de l'année en cours, l'imposition se fait au premier janvier jusqu'à la date de la fusion. Autrement dit, la société appelée à disparaître doit acquitter l'impôt sur les sociétés à partir du dernier jour de la dernière année fiscale jusqu'à la réalisation définitive de l'opération de fusion¹⁷⁵⁴. Faute de quoi, la société fusionnée et la société fusionnante sont solidairement responsable de l'acquittement de l'impôt imposée sur celle-ci¹⁷⁵⁵.

575. La société en cause doit déposer la déclaration de cessation d'activité dans un délai de 30 jours. Ce délai commence à courir à partir de la date de la dissolution de la société amenée à disparaître. Cette dernière doit mentionner dans cette déclaration l'identité de la société bénéficiaire de la fusion¹⁷⁵⁶. À défaut de dépôt de déclaration, l'imposable serait notifié pour comparaître devant l'administration fiscale dans les 15 jours qui suivent la notification. Faute de quoi, un impôt supplémentaire de 20 % lui sera imposé comme amende¹⁷⁵⁷. Cette amende est réduite à 10 % en deux hypothèses : lorsque la société en cause dépose la déclaration après le délai de 30 et avant sa notification ou bien lorsque celle-ci comparaît après la notification¹⁷⁵⁸.

Le législateur syrien apporte d'ailleurs un régime particulier plus favorable et applicable

¹⁷⁵² Art. 15, al. 1^{er}, Code des impôts n° 24 du 13 novembre 2003.

¹⁷⁵³ Art. 5, a, C. imp.

¹⁷⁵⁴ Art. 15, al. 2, C. imp.

¹⁷⁵⁵ Art. 23, al. 1^{er}, C. imp. Voir également M. Alrazzaz, *Le droit fiscal égyptien*, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 2009, p. 250 et s. ; A. Hachich, *Le droit fiscal égyptien*, éd. La maison de la nouvelle université, Egypte, 2009, p. 209 et s.

¹⁷⁵⁶ Art. 15, al. 3, C. imp.

¹⁷⁵⁷ Ce taux (20%) est calculé sur l'impôt d'origine imposé.

¹⁷⁵⁸ Art. 18, a, 1, C. imp.

sur les toutes sociétés parties à la fusion. Ce régime fait exception à la règle générale en droit commun. En application de ce régime, les sociétés participantes sont exonérées de l'impôt sur les sociétés.

2° Le tempérament du régime fiscal de fusion : l'exonération d'imposition des sociétés en cause

576. En matière de fusion, le législateur a institué un régime spécial en faveur des sociétés intervenantes aux opérations de fusion. Ce régime a été créé par la loi sur les sociétés commerciales pas par le législateur fiscal. Selon ce régime, les sociétés parties à une fusion sont exonérées de l'impôt sur les sociétés¹⁷⁵⁹. Le régime de faveur s'applique donc à la société absorbante au même titre que la société absorbée. En effet, les éléments composant le patrimoine de la société absorbée sont transférés à la société absorbante sans aucune imposition. Les plus-values nettes dégagées sur les éléments de l'actif immobilisé et les provisions qui conservent leur objet ne sont pas soumises à l'impôt sur les sociétés¹⁷⁶⁰. Contrairement au droit français, cette exonération comprend aussi les bénéfices de l'exercice en cours à la date de l'opération de fusion et les provisions qui deviennent sans objet. La société absorbée bénéficie donc, en matière d'impôt sur les sociétés, d'une exonération totale posée par l'article 219-4 du Code des sociétés.

577. De la même façon, la société absorbante est exonérée de toute imposition sur les apports lui sont transmis¹⁷⁶¹. Elle bénéficie d'un droit au report déficitaire de la société absorbée. La société absorbante bénéficie également des agréments fiscaux accordés à la société absorbée préalablement à la fusion. Toutefois, le choix du régime spécial n'est pas facultatif en droit syrien. Pour en bénéficier, les sociétés participantes ne sont pas obligées à exprimer explicitement le régime spécial dans le traité de fusion. Autrement dit, le régime de faveur s'applique automatiquement en matière de fusion des sociétés. En revanche, pour bénéficier du régime spécial en droit français, les sociétés en cause doivent l'exprimer dans le

¹⁷⁵⁹ Art. 219-4, C. soc.

¹⁷⁶⁰ Lorsque la fusion dégage une moins-value, elle peut soit être déduite des résultats imposables de la société absorbée soit être reportée sur les résultats de la société absorbante (art. 12, C. imp.).

¹⁷⁶¹ Art. 219-4, C. soc.

traité de fusion. Faute de quoi, les sociétés participantes sont considérées comme ayant opté pour le régime de droit commun de fusion.

578. Quant aux associés des sociétés parties, par le jeu de l'article 219-4 du Code des sociétés, il n'y a pas de raison de distinguer entre les associés de la société absorbée et ceux de la société absorbante. Le texte apporte un tempérament au profit des associés des sociétés en présence. Il précise que tous les associés et actionnaires des sociétés parties à la fusion sont exonérés de toute imposition. Il en découle que les associés personnes physiques ou morales de la société fusionnée ne sont pas imposés sur les titres remis en échange : ils bénéficient d'une exonération totale.

On peut constater que le législateur syrien est allé plus loin que le législateur français quant à l'exonération d'imposition des sociétés parties à la fusion en matière d'impôt sur les sociétés. Cela paraît logique dans la mesure où les opérations de fusion sont récemment apparues en Syrie. De ce fait, il était nécessaire promulguer des lois en matière fiscale plus favorables pour encourager la réalisation de ces opérations.

Par voie de conséquence, le régime fiscal de la fusion en droit syrien s'est éloigné du régime fiscal français notamment dans le cadre des droits d'enregistrement et la taxe sur la valeur ajoutée. Or, il importe d'examiner l'écart entre le droit fiscal syrien et français en matière de fusion.

B. L'écart entre le droit syrien et le droit français quant au régime fiscal de fusion

579. La divergence entre le droit fiscal syrien et le droit fiscal français en matière de fusion apparaît clairement dans le cadre de la perception des droits d'enregistrement (1°) et la question de la taxe sur la valeur ajoutée (2°).

1° La perception des droits d'enregistrement est en fonction de la valeur d'apport de la société absorbée

580. En matière de fusion des sociétés, le législateur apporte une règle générale quant à la perception des droits d'enregistrement. En application de cette règle, les sociétés participantes à la fusion sont exonérées de toute imposition y compris le droit de mutation et les droits d'enregistrement¹⁷⁶². En effet, l'application automatique du régime de faveur ne donne pas lieu à l'application d'un droit fixe comme qu'il est prévu en droit français.

Cependant, le législateur apporte une exception à ce principe. Lorsqu'il y a une divergence entre l'évaluation du patrimoine de la société en cause avant et celle après la fusion, cette différence d'évaluation est soumise aux dispositions de l'ordonnance n° 61 du 1^{er} octobre 2007¹⁷⁶³. En application des dispositions de cette ordonnance, la différence constatée lors de l'évaluation des actifs de la société au jour de la fusion de celle avant la fusion, donne lieu à un droit de 1 %¹⁷⁶⁴. Dans le même objectif, le Ministère des finances a publié ses instructions opérationnelles, des dispositions de l'ordonnance n° 61, le 31 décembre 2007 en affirmant que lorsque l'évaluation des actifs de la société intéressée au jour de la fusion fait apparaître une différence entre cette évaluation et celle avant la fusion, cette différence d'évaluation sera imposé à un droit de 1 %¹⁷⁶⁵.

581. On en conclut que, contrairement au législateur français, le législateur syrien a exonéré les sociétés parties à la fusion de toute imposition y compris les droits d'enregistrement. Néanmoins, il a imposé la société appelée à disparaître à un droit fixe de 1 % lorsqu'il y a une différence d'évaluation avant et après la fusion. Cela revient à dire que c'est la société absorbée qui doit acquitter ce droit et la société absorbante reçoit les apports de celle-ci libérés de toute imposition. Alors qu'en droit français, c'est la société absorbante qui doit acquitter un droit fixe de 375 € ou de 500 €, selon le cas. Le droit syrien s'éloigne donc du droit français en matière des droits d'enregistrement.

L'écart entre le droit syrien et le droit français ne se présente pas seulement dans le

¹⁷⁶² Art. 219-4, C. soc.

¹⁷⁶³ Cette ordonnance porte sur la réévaluation des actifs d'une société ou d'une entreprise.

¹⁷⁶⁴ Art. 12, a, 1 de l'ordonnance n° 61.

¹⁷⁶⁵ Instr. n° 1 et 12, a, 1, du 31 déc. 2007.

cadre des droits d'enregistrement, il apparaît clairement en matière de la taxe sur la valeur ajoutée. Cette taxe n'existe pas en droit syrien.

2° La taxe sur la valeur ajoutée, un cas non prévu par le législateur

582. Jusqu'à l'heure actuelle, la TVA ne trouve pas application en droit syrien¹⁷⁶⁶. Parallèlement à la TVA en droit français, il y a la taxe sur la consommation qui s'impose sur une centaine des biens et des services et dont le taux d'imposition se varie entre 10 et 30 %. La taxe sur la consommation est un impôt directement facturé aux clients sur les biens qu'ils consomment ou les services qu'ils utilisent¹⁷⁶⁷. Cet impôt est facturé selon un pourcentage de la valeur d'un produit, lors de son achat, ou d'un service, lors de sa prestation au consommateur¹⁷⁶⁸. Cette taxe est une forme simplifiée de la taxe sur la valeur ajoutée qui demeure plus développée dans le système fiscal¹⁷⁶⁹. La différence entre les deux taxes réside dans le mécanisme de la perception. Alors que la taxe sur la consommation taxe la totalité de la valeur du produit ou du service, la TVA taxe la dépense à chaque stade de la commercialisation d'un produit ou d'un service¹⁷⁷⁰. Donc, la taxe sur la valeur ajoutée n'existe pas en droit syrien ; il y a la taxe sur la consommation.

583. En matière de fusion, le principe général énoncé par l'article 219-4 du Code des sociétés précise que les sociétés parties à la fusion sont exonérées de toute imposition, y compris la taxe sur la consommation. En effet, la société absorbée est dispensée de taxation sur l'ensemble des biens et des services objet de la transmission universelle. C'est-à-dire que tous les biens mobiliers corporels et incorporels et les biens détenus en stock sont dispensés de taxation. Comme en droit français, cette dispense de taxation s'opère de plein droit et ne

¹⁷⁶⁶ Il faut souligner que, dans le but de réformer le régime fiscal syrien, le conseil du peuple (le pouvoir législatif) est en train d'étudier un projet d'une loi présenté par le Ministère des finances sur la taxe sur la valeur ajoutée. En espérant que cette loi verra un jour la lumière.

¹⁷⁶⁷ Sur cette question, voir l'article 1 du décret législatif n° 41 du 6 mai 2005 relatif à la taxe sur la consommation, modifiant le décret législatif n° 61 du 16 septembre 2004.

¹⁷⁶⁸ I. Alshahabi, *Le droit fiscal*, univ. Alep, 2011, p. 323.

¹⁷⁶⁹ A. Fadila, *Le mécanisme de calcul de la taxe sur la valeur ajoutée et la difficulté de son application en Syrie*, rev. univ. Damas, sciences économiques et juridiques, 2010, n° 26, p. 166, disponible sur le site www.damascusuniversityedu.sy.

¹⁷⁷⁰ Sur ce point, v. S. Alnahal, *La différence entre la TVA et la taxe sur la consommation*, 2011, disponible sur le site www.sana.sy/82/2011.htm.

constitue pas un choix offert aux sociétés participantes à la fusion. De la même manière, la société absorbante bénéficie de cette dispense de taxation. Elle reçoit l'ensemble des biens et des services exonérés de toute imposition.

En conséquence, l'écart entre le droit syrien et le droit français quant aux droits d'enregistrement et à la taxe sur la valeur ajoutée nous paraît clair dans la mesure où l'environnement fiscal dans les deux pays n'est pas le même. Cette raison nous semble logique surtout que chaque pays fait partie d'une région géographique différente : l'un est développé et l'autre est en voie de développement.

584. Conclusion de la section II. Outre les effets de la fusion à l'égard des créanciers, le principe de la transmission universelle de patrimoine résultant de la fusion trouve aussi son application sur le plan fiscal. En droit français, il a été démontré que l'existence du régime fiscal dualiste permet aux sociétés parties de soumettre la fusion au régime qu'il leur convient. Cette faculté est offerte par l'article 210 A du CGI. Si l'une des sociétés participantes est exempte d'impôt sur la société, l'autre supporte les conséquences fiscales de l'opération. La société absorbante doit verser un droit fixe de 375 € à 500 €, selon le cas. L'existence de la TVA est une particularité du droit français dont l'exonération est accordée aux sociétés parties. Cette taxe n'existe pas en droit syrien, elle est remplacée par la taxe sur la consommation dont bénéficient les sociétés participantes d'une exonération totale. L'exonération totale d'imposition est un avantage accordé par le législateur qui a établi une règle générale applicable aussi sur les sociétés en cause que les associés. Cette règle d'exonération va aussi pour les droits d'enregistrement, hormis le cas d'existence d'une différence d'évaluation de l'apport de la société absorbée avant ou au jour de la réalisation de la fusion. S'il est le cas, un droit fixe de 1 % trouve application sur cette différence d'évaluation. Il est vrai que, en matière de fusion, le régime fiscal syrien plus avantageux que le régime français, mais il est maladroite car il manque de précision. Cela n'empêche pas de prendre, quant à sa structuration, l'exemple du droit français.

585. Conclusion du chapitre II. L'autonomie du droit syrien par rapport au droit français paraît évidente quant aux effets de la fusion à l'égard des tiers externes des sociétés parties. Par l'effet de principe de la transmission universelle, les créanciers des sociétés en cause ne sont pas sans protection. En droit français, les droits de des créanciers ordinaires sont transférés lors de la fusion à la société bénéficiaire de l'opération. Cette transmission automatique est régie par l'article L. 236-14 du Code de commerce. Dans le cas contraire, ils bénéficient du droit d'opposition à l'opération projetée. De la même manière, les créanciers obligataires sont protégés par les dispositions des articles L. 236-13, 15 et 101 du Code de commerce. Même si cette protection est insuffisante, mais elle est prévue expressément par des textes spécifiques. Le droit commun peut combler les lacunes de ces textes en présentant de protection complémentaire. Inversement, en droit syrien, la protection est le résultat d'une règle générale vaste applicable sur toutes les catégories des créanciers. En outre, le Code des sociétés réserve le droit d'opposition aux créanciers réunissant au moins 10 % des dettes, ce qui porte atteinte au principe d'égalité des créanciers. Il importe en effet au législateur de mettre fin à ces lacunes en prenant en compte la possibilité de recourir au Code de commerce français.

Dans le même objectif, le droit fiscal n'était pas sans effets sur l'opération de fusion. L'existence, en droit français, d'un régime de faveur à côté du régime de droit commun a offert aux sociétés participantes la possibilité de choisir le régime sous lequel elles désirent placer l'opération de fusion. En la matière, le droit fiscal français se caractérise par l'existence de dispositions particulières applicables aux sociétés en cause. Le bénéfice du régime spécial est posé à l'article 210 A du CGI. L'exonération de la TVA est de même énoncée à l'article 257 bis du CGI. La perception des droits d'enregistrement est fixée à l'article 816 du CGI. Ces dispositions n'ont pas leur équivalent dans le Code des impôts syrien. Le régime spécial apporté par le législateur est prévu, de manière générale, à l'article 219-4 du Code des sociétés. Par le jeu de cet article, l'exonération dont bénéficient les sociétés parties porte sur toute sorte d'imposition, y compris l'impôt sur les sociétés, la TVA et les droits d'enregistrement. En conséquence, l'insuffisance de ce texte importe au législateur d'envisager, dans le Code des impôts, des dispositions particulières pour chaque type d'impôt. Pour traiter ces lacunes, il peut prendre le droit français comme exemple d'organisation.

Conclusion du titre II

586. L'examen des effets de l'opération de fusion montre que son domaine ne cesse pas de s'étendre. Cette extension se manifeste par l'intervention de plusieurs matières juridiques quant aux effets de la fusion à l'égard des tiers. En droit français, un effort législatif a été consacré pour établir des règles particulières applicables aux tiers à l'acte de fusion. Des directives européennes sont d'ailleurs intervenues pour encadrer cette opération de restructuration en permettant à l'enrichissement du droit interne en matière des effets de fusion. Par voie de conséquence, les effets de la fusion pour les tiers ont été intégrés dans le Code de commerce, le Code de travail et le Code général des impôts. Les effets de la fusion sur les parties prenantes « stakeholders » ont été exposés en droit des sociétés et droit social. Même si cette disposition est réservée aux sociétés anonymes, le Code de commerce énonce, sous réserve, le principe du maintien des fonctions des dirigeants au sein de la société bénéficiaire de l'opération de fusion. En vertu de l'article L. 236-1 du code de commerce, les associés de la société dissoute deviennent de plein droit associés de la société bénéficiaire et reçoivent éventuellement une soulte en espèces à concurrence de 10 % des titres attribués. Le Code de commerce assure également la préservation des droits des créanciers en prévoyant des textes spécifiques pour chaque catégorie des créanciers, ordinaires ou obligataires. De son côté, le Code de travail apporte le principe du maintien des contrats de travail et organise le sort des institutions représentatives du personnel lors de la fusion. Le Code général des impôts continue ce travail législatif par l'établissement d'un régime fiscal dualiste qui donne aux sociétés parties la possibilité d'opter pour un régime de faveur. Le travail du législateur est également complété par le rôle efficace de la doctrine et de la jurisprudence.

587. En revanche, les effets de la fusion ne sont pas suffisamment traités en droit syrien. L'étude des conséquences de la fusion à l'égard des tiers montre que le droit syrien subit toujours des lacunes dans ses dispositions. Quant aux effets de l'opération sur les dirigeants, le Code des sociétés n'a pas abordé la situation de ceux-ci en cas de transmission universelle de patrimoine de leur société. De la même façon, les dispositions applicables à la fusion n'ont pas envisagé l'avenir des associés lorsque leur société disparaît du fait de la fusion. S'ils gardent leur qualité d'associés au sein de la société absorbante, c'est en application de la règle générale énoncée à l'article 222 du Code des sociétés. Il est acquis que les contrats du travail subsistent en cas de fusion par l'effet de l'article 12 du Code de travail, mais les autres

conséquences à l'égard des salariés n'ont pas eu d'importance par le législateur. Cela vaut également pour les créanciers dans la mesure où leur situation n'a pas été évoquée d'une manière évidente et détaillée. Enfin, il a été établi que le législateur syrien a mis en place un régime fiscal permettant d'exonérer les sociétés parties et les associés de toute imposition. Mais, cette règle est d'une portée générale car elle emporte l'imposition des sociétés en cause sans distinction entre impôt sur les sociétés, TVA et droits d'enregistrement. Il aurait dû envisager des dispositions propres pour chaque sorte d'impôt. Or, le législateur syrien doit prendre des mesures législatives pour traiter l'insuffisance du contenu de notre droit en prenant en considération l'évolution du droit français en matière de fusion.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

588. L'appréciation des effets de la fusion a permis de déterminer la portée de l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français. Quant aux sociétés parties à la fusion, on peut établir une distinction entre le droit français et le droit syrien. Du côté du droit français, le législateur prévoit expressément que la fusion nécessite la dissolution sans liquidation de la société absorbée ainsi que la transmission de son patrimoine à la société absorbante. En revanche, le législateur syrien a uniquement considéré la fusion comme cas de dissolution des sociétés sans préciser que cette opération n'est pas suivie d'une liquidation. Cette dernière résulte des principes généraux énoncés en droit des sociétés. Il en va de même pour les associés des sociétés participantes, le sort de ces derniers n'est pas mentionné d'une manière expresse, alors que le législateur français a formellement exprimé que les associés de la société absorbée reçoivent des parts ou des actions de la société absorbante. En plus, il ajoute que ceux-ci reçoivent une soulte en espèces dont le montant ne doit pas dépasser 10 % de la valeur nominale des titres attribués. Le Code de commerce français s'est penché quand même sur la question des dirigeants lorsqu'il a augmenté le nombre du conseil d'administration ou de surveillance de la société absorbante en dépassant le maximum légal de dix-huit. En contrepartie, cette possibilité n'a pas été prévue dans le Code des sociétés syrien. Toutefois, les règles du droit commun n'empêchent pas d'adopter une solution analogue à celle prévue en droit français. De la même façon, le droit syrien a été plus étroit que le droit français quant aux effets de la fusion sur plan social. Ces effets portent, en droit français, sur les contrats du travail, les accords collectifs des salariés et les organes représentatifs du personnel, alors qu'ils ne concernent en droit syrien que les contrats du travail et implicitement les conventions collectives.

589. Quant aux créanciers sociaux des sociétés en cause, le sort de ceux-ci n'a pas été envisagé d'une façon précise en droit syrien. Le fait qu'ils ne perdent pas leurs droits à l'issue de la fusion ne résulte pas d'une disposition particulière, mais d'une règle générale applicable sur tous les créanciers sans aucune distinction. En contrepartie, le législateur et la jurisprudence français ont participé à mettre en évidence la situation des créanciers en cas de fusion dans la mesure où ils ont distingué, quant à l'exercice de leurs droits, entre les créanciers ordinaires et les créanciers obligataires. Et finalement, dans le cadre fiscal, il est vrai les sociétés parties et leurs associés sont, en droit syrien, exemptés de toute imposition,

mais cette exonération est le résultat d'une règle considérablement ambiguë prévue en Code des sociétés. Tandis que cette exonération est, en droit français, explicitement posée par le Code des impôts dont l'application est faite sur choix des sociétés participantes à la fusion.

Le droit français se caractérise donc par sa diversité et richesse dans le cadre des effets de la fusion, alors que le droit syrien manque toujours de précision et subit une carence législative. Pour combler ces lacunes, il faut apporter des éléments réponse, de nature à aider réformer les lois en vigueur. Certes, le législateur est concerné en tout premier lieu. C'est à lui qu'il appartient, d'une part, de mettre terme à ces lacunes en les comblant par l'adoption des dispositions complémentaires propres. D'autre part, il peut envisager une nouvelle réglementation des opérations de fusion exempte de toutes ces lacunes. Dans les deux cas, il peut profiter de l'expérience du législateur français ainsi que celle de la doctrine et la jurisprudence.

CONCLUSION GÉNÉRALE

590. L'analyse de la fusion des sociétés en droit syrien affirme que la mise en œuvre de cette opération présente un certain nombre de déficiences. Le droit syrien reste vague sur certains points juridiques et fiscaux empêchant son évolution. Le dépassement de ces difficultés pourrait être mitigé et amener à penser que l'avenir de fusion sera radieux. Disposant des lois récentes, de la doctrine et des solutions jurisprudentielles favorisant le dépassement des obstacles résultant de la mise en place de la fusion, le droit français présente un exemple de comparaison auquel le droit syrien peut recourir pour combler ce vide. La consécration par les législateurs français et syrien de l'opération de fusion a mis en lumière la possibilité de faire une comparaison en la matière entre le droit français et le droit syrien. Une telle comparaison nous permet de mettre en évidence les points communs et les points divergents entre deux régimes juridiques applicables à la fusion. Les points communs sont susceptibles d'aligner le droit syrien au droit français en ce qui concerne les modalités applicables aux fusions. Même s'il n'est pas total, l'alignement du droit syrien sur droit français renforce sa présence dans les modes de fusion appliqués. Aux termes des articles 1844-4 du Code civil, L. 236-1 du Code de commerce français et 218 du Code des sociétés syrien, la fusion peut être réalisée par l'existence de deux techniques : la fusion-absorption et la fusion par création d'une société nouvelle. Ces deux formes sont également énoncées à l'article 2, paragraphe 2 de la directive européenne n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005 sur la fusion transfrontalière des sociétés de capitaux. Ces procédés se caractérisent par la dissolution sans liquidation d'une société et la transmission de son patrimoine au profit d'une autre. Cette caractéristique se trouve dans d'autres opérations de concentration assimilées à la fusion. La transmission universelle peut résulter de la scission d'une personne morale en faveur de plusieurs personnes morales bénéficiaires. L'apport partiel d'actif soumis au régime de scission peut également provoquer la transmission universelle des éléments attachés à la branche d'activité apportée. À côté de ces procédés, la transmission universelle peut être opérée par l'associé unique d'une personne morale : la dissolution par confusion et la fusion simplifiée permettent à l'associé unique de réintégrer dans son patrimoine, sans qu'aucune liquidation ne soit opérée, l'actif et le passif de la personne morale dissoute. L'existence de ces opérations en droit français donne à celui-ci un caractère particulier et distinctif. Cette richesse du droit français est très intéressante pour le droit syrien. Elle peut être considérée

comme source d'inspiration permettant de combler les lacunes du Code des sociétés syrien.

591. Le droit syrien se rapproche du droit français quant aux conditions applicables à la fusion. Les conditions de fond font illustration de cette assimilation. Les sociétés intervenantes à la fusion doivent être, au moins deux, et dotées de la personnalité morale. À défaut, l'opération ne peut être qualifiée de fusion. En effet, il est incontestablement admis que toute société peut participer à la fusion, quelque soit sa forme, y compris lorsqu'elle est en cours de liquidation. Faute de texte l'interdit expressément, rien n'empêche d'étendre le domaine de la fusion aux autres groupements dotés de la personnalité morale comme le groupement d'intérêt économique. Le principe de la transmission universelle peut être retenu à chaque fois que la fusion s'opère entre une société et GIE. Les conditions de fond concernent également les associés des sociétés parties à l'opération. Lors de sa réalisation, la fusion ne doit pas avoir pour effet d'augmenter les engagements des associés de la société amenée à disparaître. Une telle augmentation des engagements peut conduire à la nullité de l'opération de fusion. Le Code de commerce français et le Code des sociétés syrien conviennent que ces conditions sont obligatoires pour la réalisation de fusion. L'absence de l'une de ces conditions a pour conséquence de mettre obstacle à la réalisation de l'opération.

592. À côté de ces conditions, l'évaluation des sociétés parties se présente comme condition nécessaire pour la mise en œuvre de la fusion. Les critères de l'évaluation des sociétés en cause sont en droit français multiples, distincts et significatifs. En l'absence de tels critères en droit syrien, et dans le but de déterminer une parité d'échange équitable et de protéger les intérêts des minoritaires, il est très utile de recourir aux critères retenus en droit français. L'utilité d'adopter de ces critères en droit syrien permet de renforcer le lien entre les deux régimes juridiques. Cependant, le droit français demeure plus structuré que le droit syrien quant à l'établissement du projet de fusion. L'aménagement du droit français résulte de son harmonisation avec la dixième directive n° 2005/56/CE du 26 octobre 2005. Les procédures adoptées pour l'élaboration du projet de fusion figurent bien dans le Code de commerce français, alors qu'elles ne résultent pas en droit syrien d'une loi mais d'une circulaire du Ministère des finances. L'intervention du commissaire à la fusion et l'approbation par les assemblées des associés de l'opération sont des conditions nécessaires pour la réalisation de celle-ci. Mais ces procédures sont allégées lorsqu'on est en présence d'une société détenue à 100 % ou à 90 % par la société absorbante. La réforme introduite par le législateur français permet d'écarter l'établissement du rapport des organes

d'administration sur la fusion, l'intervention du commissaire à la fusion et l'approbation de l'opération par l'assemblée générale. Ainsi, les causes de nullité de la fusion constituent un mode d'aménagement du droit français dans la mesure où elles figurent explicitement dans le chapitre régissant la fusion des sociétés dans le Code de commerce. En contrepartie, ces causes résultent en droit syrien des principes généraux du droit commun. On regrette qu'il n'y ait pas de dispositions similaires en droit syrien. Ce vide législatif doit être comblé par de dispositions analogues à celles prévues en droit français. L'adoption de telles dispositions permet de garantir un meilleur rapprochement entre le droit français et le droit syrien.

593. La réalisation de la fusion produit absolument des conséquences sur les sociétés parties à l'opération et sur les tiers. La société appelée à disparaître est la personne la plus affectée par la mise ne œuvre de l'opération. La fusion a pour effet de faire disparaître la personne morale absorbée de la scène juridique et la transmission universelle de son patrimoine. Ces effets juridiques de la fusion ont été consacrés par le législateur français et le législateur syrien. La dissolution sans liquidation de la société absorbée figure, en droit français, expressément dans les articles L. 236-3 du Code de commerce et 1844-8 du Code civil. La fusion comme cause de dissolution des sociétés est prévue, en droit syrien, à l'article 18 du Code des sociétés mais le législateur n'a pas précisé que cette opération entraîne l'absence de la liquidation de la société absorbée. La liquidation de celle-ci est exclue par l'effet du principe de la transmission universelle de patrimoine. Contrairement au droit français qui énonce formellement ce principe, la transmission universelle de patrimoine résulte, en droit syrien, de l'effet que la société absorbante est considérée comme ayant cause à titre universel de la société absorbée. La consécration de la règle de la transmission universelle met en évidence la transmission des biens et dettes de la personne morale absorbée sans novation et sans qu'il y ait lieu de respecter les formalités prévues au droit commun. Toutefois, le principe de la transmission universelle de patrimoine n'est pas absolu : son domaine est enserré dans plusieurs limites. Les contrats administratifs, les contrats intuitu personae et la responsabilité pénale sont exclus du champ de la transmission universelle. L'ensemble de ces limites tend à déprécier la valeur du principe de la transmission universelle. Une appréciation souple du principe, fondée sur la substitution de la société absorbante dans l'ensemble des biens, droits et obligations de la société absorbée, peut rendre son application plus simple. L'étude du principe de la transmission universelle justifie notre vœu d'admettre la transmission du cautionnement de dettes futures dès lors que cette opération n'est pas de nature à remettre considérablement en cause les conditions de son

exécution.

594. Corrélativement, la société absorbante augmente son capital suite à la réception de l'intégralité du patrimoine de la société absorbée. Lors de l'augmentation de son capital, les associés de la société dissoute reçoivent des parts ou des actions de la société absorbante. En outre, en droit français ainsi que la directive 2005/56, les associés reçoivent une soulte en espèces dont le montant ne doit pas dépasser 10 % de la valeur nominale des titres attribués. De la même manière, le nombre des membres du conseil d'administration de la société bénéficiaire augmente à la condition qu'il ne soit pas supérieur à vingt-quatre. Cette augmentation de nombre vaut également pour les organes de représentation du personnel de la société absorbante. Alors qu'il n'y a aucune mention en droit syrien de la soulte en espèce, de l'augmentation de nombre des dirigeants et des organes représentatifs du personnel à l'occasion de la fusion. Même la protection des créanciers des sociétés participantes à l'opération ne guère pas de problème. Elle demeure insuffisante dans les deux régimes juridiques et doit être complétée par l'action paulienne du droit commun. Mais, une comparaison entre le droit syrien et le droit français met en lumière l'autonomie de l'un et de l'autre. Le législateur syrien apporte une règle générale applicable sur tous les créanciers sans distinction entre créanciers ordinaires et créanciers obligataires. Alors qu'en droit français on distingue entre les deux catégories en adoptant, pour chacune, de dispositions particulières leur accordant une protection lors de la mise en œuvre de l'opération de fusion. Cela explique l'originalité du droit français en la matière et approuve notre idée que l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français est présente dans le cadre des effets de la fusion. Cette idée est confirmée par l'intervention de deux régimes fiscaux différents applicables à l'opération de fusion. Le Code des sociétés syrien pose une règle vaste selon laquelle les sociétés participantes à l'opération sont exonérées de toute imposition, y compris l'impôt sur la société. Cette exonération vaut également pour les associés des sociétés parties. Alors que cette question doit être envisagée d'une manière plus détaillée dans le Code des impôts. Tandis qu'en droit français, l'imposition des sociétés et des associés en matière de fusion résulte de dispositions propres figurant nettement dans le Code des impôts. L'adoption de régime de faveur et de régime de droit commun laisse aux sociétés parties le choix d'appliquer le régime qui leur semble adéquat. Aussi, l'exemple de la taxe sur la valeur ajoutée atteste l'autonomie du droit syrien par rapport au droit français. Cette taxe est fortement présente dans le second, alors qu'elle est totalement absente dans le premier.

595. La concrétisation de cette étude nous montre que le droit syrien subit des lacunes législatives en matière de fusion. Des dispositions doivent être adoptées par le législateur. Pour ce faire, il vaut mieux de recourir au droit français afin de combler ces lacunes. La doctrine et la jurisprudence doivent être efficace et rétablir leur rôle. Les solutions retenues par la jurisprudence et la pratique françaises font une meilleure référence en matière de fusion.

BIBLIOGRAPHIE

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE FRANÇAISE :

I. MANUELS, TRAITÉS, LEXIQUES ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALBIGES (C.) et DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

Droit des sûretés, Dalloz, 4^e éd. 2013.

ALLEGAERT (V.)

Le droit des sociétés et les libertés et droits fondamentaux, PUAM, 2005.

AMER-YAHIA (A.)

Le régime juridique des dividendes, éd. Harmattan, 2010.

ANTOINE (J.) et CAPIAU-HUART (M.-C.)

Dictionnaire des marchés financiers, De Boeck Université, 1^{er} éd. 2006.

AYNES (L.)

La cession de contrat, Economica, 1984.

AZARIAN (H.)

La société par actions simplifiée, 3^e éd. LexisNexis, 2012.

BAR (S.) et ALTER (C.)

Les effets du contrat, éd. Kluwer, 2006.

BARTHEZ (A.-S.) et HOUTCIEFF (D.)

Traité de droit civil, Les sûretés personnelles, LGDJ, 2010.

BODE (M.)

Le groupe international de sociétés, éd. Peter Lang, Bern, Suisse, 2010.

BONNARD (J.)

Droit des sociétés, 10^e éd. Hachette.

BOUÈRE (J.-P.)

SAS, GLN Joly 1994.

BOURASSIN (M.), BRÉMOND (V.) et JOBARD-BACHELLIER (M.-N.)

Droit des sûretés, Dalloz, 4^e éd. 2014.

CABRILLAC (M.), MOULY (C.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (P.)

Droit des sûretés, Litec, 9^e éd., 2010.

CHARVÉRIAT (A.) et COURET (A.)

La SAS, éd. F. Lefebvre 2001.

COEURET (A.) et FORTIS (E.)

Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^e éd. 2012.

COLASSE (B.)

Introduction à la Comptabilité, 11^e éd., Economica, 2010.

CONSTANTIN (A.)

Droit des sociétés, 6^e éd. Dalloz, 2014.

CORNU (G.)

Vocabulaire juridique, Association Henri Capitan, PUF, 2014.

COZIAN (M.) et DEBOISSY (F.)

Précis de fiscalité des entreprises, LexisNexis, 38^e éd. 2014.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), DEBOISSY (F.)

Droit des sociétés, Litec, 27^e éd., 2014.

DE LAUBADÈRE (A.), VENEZIA (J.-C.) et GAUDEMET (Y.)

Traité de droit administratif, tome I, 15^e éd., LGDJ, 1999.

DIDIER (P.) et DIDIER (PH.)

Droit commercial, T. 2, *Les sociétés commerciales*, Economica, 2011.

DO CARMO SILVA (J.-M.) et GROSCLAUDE (L.)

Gestion juridique, fiscal et social, Manuel et applications, 6^e éd. Francis Lefebvre, 2012.

FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.)

Droit du travail, Lextenso, 4^e éd. 2012.

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.)

Droit civil, Les successions, 3^e éd. A. Colin, 1991.

FOSSE (V.), RALAZA (T.R.) et ROSIER (M.-C.)

Comptabilité et audit, éd. Eyrolles, 2012.

FRANÇOIS (J.)

Droit civil, Les sûretés personnelles, t. VII, éd. Economica, 2004.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S.)

Droit de la concurrence, 1^{er} éd. Dalloz 2006.

GERMAIN (M.) et PÉRIN (P.-L.)

SAS La société par action simplifiée, 4^e éd. Joly Lextenso, 2010.

GUETTIER (C.)

Droit des contrats administratifs, 3^e éd. PUF, 2011.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (T.)

Lexique des termes juridiques, 22^e éd. Dalloz, 2014.

GUYON (Y.)

- *Droit des affaires*, éd. Economica 2003.
- *Les sociétés, aménagements statutaires et conventions entre associés*, LGDJ, 5^e éd. 2002.

HOUIN (R.) et GORÉ (F.)

La réforme des sociétés commerciales, Dalloz 1967.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)

Droit des sociétés, 6^e éd. Lextenso, 2015.

LE GRAVEREND (J.-M.)

Traité de la législation criminelle, 3^{ème} éd. Librairie de Jurisprudence de H. Tralier, Bruxelles, 1832.

LEGEAIS (D.)

Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 9^e éd. 2013.

LEMEUNIER (F.)

Groupement d'intérêt économique (GIE), 2^e éd. Delmas, 1999.

MALAURIE (P.)

Les successions et les libéralités, 5^e éd. Defrénois, 2012.

MALHERBE (J.), CORDT (Y.), LAMBRECHT (P.) et MALHERBE (P.)

Droit des sociétés, 3^e éd. Bruylant, Bruxelles, 2009.

MAURY (J.)

Successions et libéralités, 8^e éd. LexisNexis, 2012.

MAZEAUD (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.)

Leçons de droit civil, Successions - Libéralités, t. IV, 2^e vol., 5^e éd. Montchrestien, 1999.

MELYON (G.) et REBOUH (B.)

Comptabilité des sociétés commerciales, éd. Bréal, 2002.

MENJUCQ (M.)

Droit international et européen des sociétés, Lextenso, 3^e éd. 2011.

MERCADAL (B.) et JANIN (P.)

Mémento des sociétés commerciales, éd. F. Lefebvre, 2005.

MESTRE (J.), BLANCHARD-SÉBASTIEN (C.) et VELARDOCCHIO (D.)

Lamy sociétés commerciales, 2005.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-E.), ARNAUD-GROSSI (I.), MERLAND (L.) et TAGLIARINO-VIGNAL (N.)

Droit commercial-Droit interne et aspects de droit international, 29^e éd. L.G.D.J, 2012.

MOUSSERON (P.) et CHATAIN-AUTAJON (L.)

Droit des sociétés, éd. Joly et Lextenso, 2011.

OUDENOT (P.)

- *Fiscalité approfondie des sociétés*, 2^e éd. Litec, 2001.
- *Fiscalité des groupes et des restructurations*, LexisNexis, 2011.

RICHER (L.)

Droit des contrats administratifs, 8^e éd. Lextenso, 2012.

ROLAND (H.)

Lexique juridique, Expressions latines, 5^e éd. Litec, 2010.

SAVATIER (R. et J.) et LELOUP (J.-M.)

Droit des affaires, Sirey, 5^e éd. 1977.

SIEGWART (J.-L.) et CASSIO (L.)

Introduction à la comptabilité, 4^e éd. Nathan, 2010.

SIMLER (P.)

Cautionnement Garanties autonome Garanties indemnitaires, Litec, 4^e éd. 2008.

SIMLER (P.) et DELEBECQUE (P.)

Droit civil – Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 6^e éd., 2012.

THIRION (N.)

Droit international et européen des sociétés, éd. Larcier, Bruxelles, 2009.

TILQUIN (T.)

Traité des fusions et scissions, éd. Kluwer, Belgique, 1993.

VIDAL (D.)

Droit des sociétés, 7^e éd. Lextenso, 2010.

WINANDY (J.-P.)

Manuel de droit des sociétés, Legitech, Luxembourg, 2011.

II. THÈSES, MÉMOIRES, MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

ALBARIAN (A.)

Actualité jurisprudentielle 2010-2011, Droit commercial, Droit des sociétés commerciales, éd. Lamy, 2011.

ALBORTCHIRE (A.)

Le sort des contrats dans les opérations de fusion et scission de sociétés commerciales, Thèse,

Université d'Auvergne, 2005.

AMBROSI (J.-M.), LONCLE (J.-M.) et TROCHON (J.-Y.)

Pratique des négociations dans les rapprochements d'entreprises, EFE, 2010.

AULAGNIER (J.), AYNÈS (L.), BERTREL (J.-P.) et PLAGNETI (B.)

Lamy Patrimoine, 2014.

BAUDRY (A.)

Les actions de préférence, Mémoire, Université Paris II Panthéon Assas, 2005.

BENAYOUN (S.) et DUBOST (S.)

Guide du Responsable comptable, administratif et financier, 2014.

BERNARD (F.)

Les fusions transfrontalières au sein de l'Union Européen, Mémoire, Université de Louvain, Belgique, 2009.

BERTREL (J.-P.) et JEANTIN (M.)

Acquisitions et fusions des sociétés commerciales, 2^e éd. Litec, 1991.

BOSCHIN (N.)

Le guide pratique du LBO, Eyrolles, 2^e éd. 2009.

BROM (M.-L.)

Fusion-absorption par une société par actions simplifiée, Mémoire, Univ. Robert Schuman, 2001-2002.

CASIMIR (E.)

Fusion et cautionnement, Mémoire, Université Panthéon Assas (Paris II), 2006.

CHADEFAUX (M.)

Les fusions de sociétés, Groupe Revue Fiduciaire, 7^e éd. 2012.

CHAMPAUD (C.)

Le pouvoir de concentration dans les sociétés par actions, Thèse Sirey, 1962.

CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.), PIQUEREAU (T.) et ZABALA (B.)

Mémento groupes de sociétés, 2014.

CHARVÉRIAT (A.), COURET (A.) et ZABALA (B.)

Mémento Sociétés commerciales, 2014.

CHARVÉRIAT (A.), MACQUERON (P.) et VANNOOTE (C.)

Mémento Assemblées Générales, 2014.

CALAUDE (H.)

La concentration capitaliste, éd. soc., 1965.

COOPER ROYER (J.)

De la fusion des sociétés : essai juridique, Dalloz, 1933.

COQUELET, (M.-L.)

La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés, Thèse Paris X, 1994.

COURET (A.) et MEDUS (J.-L.)

Les augmentations de capital, Economica, 1994.

DEBEAURAIN (J.)

Guide des baux commerciaux, Edilaix, 2013.

DEFIEZ (E.)

Les fusions transfrontalières de sociétés : étude de droit communautaire et de droit comparé franco-allemand, Mémoire, Université Paris 10 Nanterre, 2010.

DEVÈZE (J.), COURET (A.), PARACHKÉVOVA (I.) et POULAIN-REHM (T.)

Lamy droit du financement, 2015.

DIDIER (P.)

Le capital social et la protection des créanciers sociaux, Dalloz 2007.

DOM (J.-P.)

Les montages en droit des sociétés (aspects de droit interne), Thèse, Bordeaux, Joly, 1998.

DRAIDJ (T.)

À partir de quand une entreprise commune devient-elle une concentration ?, Mémoire, Université Paris 2, 2011.

FISCHER (C.)

Le rachat d'actions et les participations réciproques, De Boeck, 1996.

FRANÇOIS (F.), DE FRONDEVILLE (E.) et MARLANGE (A.)

Dirigeant de société, Delmas, 2^e éd. 2009.

GAUDET (R.)

L'ingénierie patrimoniale des PME, Harmattan, 2011.

GEOFFRY (G.)

Transfert des contrats de travail et reprise en régie directe d'un service public administratif, Mémoire, Université Lille II, 2012.

HANNOUN (C.)

Liquidation et partage, Dalloz 2007.

KOCH (J.)

Les fusions des sociétés en difficulté, Mémoire, Université Paris I, 2012.

LECERF (M.)

Les petites et moyennes entreprises face à la mondialisation, Thèse, Université Paris I, 2006.

LEGROS (G.)

Ingénierie financière : Fusions, acquisitions et autres restructurations de capitaux, éd. Dunod, 2012.

LÉVI (A.)

Lamy Droit commercial, 2014.

MALOISELE (E.)

La scission partielle : cadre juridique et fiscal, Mémoire, Université Paris I, 2012.

MASQUEFA (C.)

La restructuration, LGDJ, 2000.

MASTOPOULOU (H.), MASCALA (C.) et REVERDY (A.)

Lamy Droit Pénal des Affaires, 2015.

MERCIER (J.-Y.)

Fusions, apports partiels d'actifs, scissions, éd. Francis Lefebvre, 2009.

MESTDAGH (H.)

La fusion des sociétés commerciales au point de vue juridique et fiscal, Thèse, Université de Lille, 1930.

MESTRE (J.), VELARDOCCHIO (D.) et MESTRE-CHAMI (A.-S.)

Lamy Sociétés Commerciales, 2014.

MONSALLIER (C.)

L'aménagement contractuel du fonctionnement des sociétés anonymes, LGDJ 1998.

MORTIER (R.)

Opérations sur capital social, LexisNexis, 2010.

MORVAN (P.)

Restructurations en droit social, LexisNexis, 3^e éd. 2013.

MOUBSIT (H.)

La représentation en droit des sociétés, Harmattan, 2013.

MOULIN (J.-M.)

Droit des sociétés et de des groupes, Lextenso, 2^e éd. 2011.

MOULY (C.)

Les causes d'extinction du cautionnement, Litec, 1979.

MOUSSERON (P.)

Les conventions sociétaires, LGDJ, 2^e éd. 2014.

NAFFAH (G.)

Prime d'émission, Thèse Paris 1986, Economica, 1987.

NAVARRO (J.-L.)

Droit des sociétés. Le juge et l'associé, Hachette supérieure, 2010.

OBERT (R.)

Fusion et consolidation, 4^e éd. Francis Lefebvre, 2014.

PÉLISSIER (J.)

Les restructurations d'entreprises et leurs effets sur l'emploi, R.I.D.C, éd. 1990.

PRIETO (C.)

La société contractante, préf. J. Mestre, Presse Universitaire d'Aix-Marseille, 1994.

RAFFARY (R.)

La transmission universelle du patrimoine des personnes morales, Dalloz 2011.

RETAIL (L.)

Fusions et scissions de sociétés : étude juridique, financière et fiscale, Sirey, 4^e éd. 1968.

ROURE (D.)

La transformation des sociétés, Thèse, Lyon III, 1993.

ROUTIER (R.)

Les fusions des sociétés commerciales. Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, LGDJ, 1994.

SCHACHERER (J.)

Restructurations d'entreprises, Groupe Rev. Fiduc., 1^{er} éd. 2012.

SCHAMING (B.)

La restructuration des sociétés, PUF, 1996.

SCHMIDT (D.)

« *Les conflits d'intérêts dans la société anonyme* », éd. Joly, 2005.

SYLVESTRE-TOUVIN (S.)

Le coup d'accordéon ou les vicissitudes du capital, Thèse Paris I, 2002.

TZINIERI (I.)

Les fusions transfrontalières des sociétés commerciales, Mémoire, Université de Robert Schuman Strasbourg, 2001-2002.

WAREMBOURG-AUQUE (F.), *La succession aux biens des personnes morales de droit privé*, Thèse, Lille, 1977.

III. ARTICLES, REPERTOIRES, RECUEILS ET FASCICULES

ANCELIN-MENAI (O.)

L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles, JCP E 2008, p. 1428.

ANSAULT (J.-J.)

- *L'influence de la fusion de la société créancière sur le cautionnement*, RLDC 2011, n° 87.
- *La transmission passive du (sous-) cautionnement suscitée par l'opération de fusion*, Rev. sociétés 2014, p. 291.

ANTOINE (A.)

L'intuitu personae dans les contrats de la commande publique, RFDA 2011, 879.

ARCELIN (L.)

Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en cas de restructuration, JCl. Conc. Cons. 2013, Fasc. 360.

ARCELIN-LÉCUYER (L.)

L'alliance raisonnable entre droit de la concurrence et CEDH : RLC 2007, p. 100.

AUZERO (G.)

L'application de la notion de faute personnelle détachable des fonctions en droit privé, D. 1998, p. 502.

AYNÈS (L.)

La transmission de plein droit du cautionnement, D. 2005, p. 227.

AZARIAN (H.)

Sociétés par actions simplifiées-Evénements sociétaires, JCl Com. 2012, Fasc. 1536.

BARBIER (H.)

Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise, RTD civ. 2014, p. 367.

BARBIÈRI (J.-F.)

- *Conditions de l'opposabilité aux tiers d'une dissolution par fusion-absorption*, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 616.
- *Responsabilité pénale des personnes morales*, Bull. Joly sociétés, 2004, p. 256.

BARRET (O.)

À propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société, Mélanges Jeantin (M.), D. 1999, p. 109.

BARRIÈRE (F.)

La fusion-filialisation, Rev. sociétés 2013, p. 667.

BÉRARD (P.-Y.)

Les fusions à l'épreuve de l'intuitu personae, RTD com. 2007, p. 279.

BERGERÈS (M.)

Fusions et opérations assimilées, La théorie du prix d'acquisition, Dr. fisc. 2002, p. 1097.

BERT (D.) et LAKHDARI (T.)

L'application de la règle de l'unanimité aux opérations de fusion-absorption, D. 2005.

BERTREL (J.-P.)

Acquisition de contrôle et «vampirisme financier», Droit et patrimoine, janvier 1993, p. 52.

BERTREL (J.-P.) et BERTREL (M.)

Fusions-acquisitions : une clause d'agrément est-elle applicable en cas de fusion ou scission ?, Dr. et patrimoine, 2003, p. 33.

BLANC (G.)

Transfert et cession de contrats administratifs : Le déclin des critères subjectifs d'autorisation et de contrôle, JCP E 1999, p. 2050.

BLONDEAU (CH.)

La portée et les limites de la transmission universelle liée aux fusions, Rev. option finance, 1^{er} sep. 2008.

BONNASSE (A.)

Fusions-Scissions. - Réalisation des fusions et scissions, JCl Sociétés Traité, 2004, Fasc. 162-10.

BONNASSE (A.) et JULLICH (N.)

Fusions-scission.- Effets. Actions en contestation, JCl Sociétés Traité, 2007, Fasc. 162-20.

BONNEAU (TH.)

Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil, RTD civ, 1991, p. 1.

BORENFREUND (G.)

La notion d'établissement distinct à la croisée des chemins, RTD 2011, p. 24.

BORONAD-LESOIN (E.)

La survie de la personne morale dissoute, RTD com. 2003, p. 1.

BOUÈRE (J.-P.)

- *La fusion d'une SA et d'une SNC, sociétés-sœurs, ne requiert pas de commissaire à la fusion ni de commissaire aux apports*, Bulletin Joly Sociétés, 2002, p. 54.
- *Faut-il remettre en question la pratique actuelle de la comptabilisation des fusions ?*,

Bull. Joly Soc. 1995, p. 933.

- *Fusion et scission. Le problème des résultats intercalaires* : JCP E 1992, I, n° 163.

BOUGNOUX (A.)

Certificats d'investissement et certificats de droit de vote, JCl Banque-Crédit-Bourse, 2010, Fasc. 1830.

BOUILLOUX (A.)

La survie de la personnalité morale pour les besoins de la liquidation, Rev. sociétés 1994, p. 393.

BOULOC (B.)

- *L'action civile d'un actionnaire en cas de fusion-absorption de société*, Rev. sociétés 2003, p. 568.
- *Intransmissibilité de la responsabilité pénale en cas de fusion*, RSC 2001, p. 153.

BUTTET (E.)

Fusion de deux sociétés anonymes par absorption de l'une par l'autre. Aperçu des opérations et calendrier, Bull. Joly Sociétés, 1988, p. 731.

C. (A.)

Annulation d'un projet de fusion pour dol : cas particulier de l'affaire Marta Hachette, Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 921.

CABRILLAC (M.)

Conditions de maintien du cautionnement en cas de fusion de la banque bénéficiaire, RTD com. 2001, p. 959.

CAFFIN-MOI (M.)

Le sort de l'obligation de caution en cas de fusion-absorption, L'essentiel Droit des contrats, 2014, p. 2.

CAILLAUD (B.) et BONNASSE (A.)

Mais qu'a donc voulu le législateur ? À propos de la portée des dispositions de la loi Madelin concernant les fusions de sociétés anonymes, Bull. Joly 1994, p. 733.

CAILLAUD (B.) et LE CANNU (P.)

Fusions : soumission volontaire à la loi de 1966, et droit d'opposition des créanciers, Bull. Joly Sociétés 1992, p. 1111.

CALVO (J.)

Les clauses d'intuitu personae dans les contrats commerciaux, Pet. aff. 1996, p. 10.

CANIN (P.)

La mésentente entre associés, cause de dissolution judiciaire anticipée des sociétés : Dr.

sociétés, 1998, p. 4.

CASIMIR (J.-P.) et GERMAIN (M.)

Dirigeants de sociétés, Groupe Revue Fiduciaire, 2007, p. 60.

CATHELINEAU-ROULAND (A.)

Liquidation des sociétés-Mise en oeuvre de la liquidation, JCl Sociétés Traité, 2008, Fasc. 31-20.

CATHIARD (C.)

Le régime des fusions transfrontalières depuis la loi du 3 juillet 2008, Dr. sociétés, 2008, étude 8.

CATHIARD (C.) et POIRIER (A.-S.)

Fusion transfrontalière, D. 2010, n° 120.

CAUSSAIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)

- *Droit des sociétés*, JCP E 2006, 2035.
- *Fusion-absorption. Transmission universelle de patrimoine. Dissolution préalable de la personne morale absorbée*, JCP E, 2005, 129.

CAUVIN (M.)

La fusion-absorption d'une société par une SAS requiert désormais le consentement unanime de tous les associés, Pts. aff. 2007, p. 14.

CAVALIER (G.)

Bail commercial, transmission en cas de scission et évaluation du préjudice de jouissance : entre approbation et scepticisme, Bull. Joly Sociétés, 2012, p. 47.

CERF-HOLLENDER (A.)

Le devenir de la délégation de pouvoirs suite à une modification de la situation juridique de l'employeur : transfert ou caducité ?, RSC 2011, p. 850.

CHATIN-AUTAJON (L.)

Pratiques anticoncurrentielles et restructuration : qui supporte la sanction ?, RLC 2006, 9.

CHAZAL (J.-P.)

« *De la signification du mot loi dans l'article 1134, alinéa 1er du code civil* », RTD civ. 2001, p. 265.

CHAZAL (J.-P.) et REINHARD (Y.)

Coup d'accordéon ou coup de force ?, RTD com. 2000, p. 962.

CHEMINADE (Y.)

Nature juridique de la fusion des sociétés anonymes, RTD com., 1970, p. 16.

COHEN (D.)

Application de la clause d'agrément à la fusion de sociétés, JCP E 2003, 1327.

COMBETATER (M.)

La fin programmée des retenues à la source pour les dividendes versés à des OPCVM étrangers, RLDA, 2012, 73.

COMMARET (D. N.)

Point de départ du délai de prescription de l'action publique : des palliatifs jurisprudentiels, faute de réforme législatif d'ensemble, RCS 2004, p. 897.

CONAC (P.-H.)

Position recommandation AMF n° 2011-11 relative aux opérations d'apports ou de fusion, Rev. sociétés 2011, p. 591.

CONSTANTIN (A.)

L'application des clauses d'agrément en cas de fusion ou cession : le poids des mots, le choc des principes : Bull. Joly Sociétés 2003, p. 742.

COQUELET (M.-L.)

- *De quelques précisions sur la date d'opposabilité de la transmission universelle consécutive à la dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle*, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 174.
- *Etendue de l'obligation au passif de la société absorbante* : Bull. Joly sociétés 1997, p. 448.
- *Fraude de la caution et inopposabilité de la fusion*, Bull. Joly Sociétés, 1995, p. 1058.
- *La transmission universelle du patrimoine en droit des sociétés à l'épreuve du principe d'intransmissibilité des contrats intuitu personae*, Dr. sociétés, Actes pratiques, 2000, 49.
- *Le sort du cautionnement d'une ouverture de crédit en cas de fusion*, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 586.
- *Portée de la rétroactivité de la fusion à l'égard des tiers : la Chambre commerciale confirme sa jurisprudence*, Bull. Joly Sociétés 2002, p. 683.

CORNETTE DE SAINT-CYR (A.-S.) et RAULT (O.)

Aspects juridiques et sociaux des opérations de fusions au sein de l'Union européen, JCP E 2008, 15.

COUDRET (M.-A.)

Les droits d'enregistrement en matière de fusion et de confusion de patrimoine, Actes pratiques, novembre-décembre 2004, p. 28.

COURET (A.)

- *L'abus de majorité dans ses divers états*, Bull. Joly Sociétés, sep. 2009, p. 741.
- *La fusion à l'envers à l'épreuve d'un attendu de trop*, Bull. Joly, 2007, p. 1329.
- *La remise en échange de titres auto détenus par l'absorbante dans le cadre d'une fusion* : Actes prat. ing. sociétaire 1998, p. 4.

CROCQ (P.)

Nantissement, Dalloz, 2008, 78.

DAIGRE (J.-J.)

Peut-on absorber une société ayant un actif net négatif ?, JCP E, 1992, 165.

DAL VECCHIO (F.)

Chronique de droit fiscal des entreprises, Hebdo éd. fisc. 2013, 520.

DANNENBERGER (F.)

Fusion et scission-commentaires, JCI Sociétés Formulaire, 2012, Fasc. I-180.

DARIOSECQ (S.) et MÉTAIS (S.)

Les clauses d'exclusion, solution à la mésentente entre associés : Bull. Joly Sociétés, 1998, p. 893.

DAUCHEZ (O.)

Porté fiscale de l'effet rétroactif d'une fusion, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 605.

DE L'ISLEI (G. B.) et DERRUPPÉ (J.)

En cas de fusion de société, la transmission du bail n'est pas soumise aux formalités de l'article 1960 du Code civil, RDI 1993, p. 434.

DE BOUBÉE (G.R.)

Etendue de la responsabilité de la société absorbante du fait des infractions commises par la société absorbée, Rec. D. 2002, p. 1802.

DEGOMMIER (S.)

L'autorisation d'occupation du domaine public accordé à une société vaut même en cas de changement d'associé, AJDA 2009, p. 1043.

DELGOVE (Y.)

Le sort des contrats en cas de restructuration de la société contractante, Dr. et Patrimoine, 1999, 72.

DEPREZ (J.)

Cession d'entreprise et compétition entre convention collectives applicables aux salariés transférés, RJS 1992, p. 451.

DIDIER (P.) et MARTEAU-PETIT (M.)

Prime d'émission, Rép. de droit des soc. 1993.

DOM (J.-P.)

La transformation, acte d'un montage, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 409.

DONDERO (B.)

- *Définition de la faute séparable des fonctions du dirigeant social*, Rec. Dalloz 2003, p. 2636.
- *Exécution du jugement condamnant un fantôme*, Bull. Joly Sociétés, 2008, p. 866.
- *Le sort des associés, des organes sociaux et des titres de la société transformée*, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 400.
- *Quand l'abus de pouvoir chasse l'abus de biens sociaux*, Bull. Joly Sociétés, juil. 2011, p. 579.

DOROTHÉE (G.-C.)

La fusion-absorption du créancier met fin à l'obligation de couverture de la caution, L'Essentiel Droit des contrats, 2009, p. 2.

DREYER (E.)

Les pouvoirs délégués afin d'exonérer pénalement le chef d'entreprise, D. 2004, p. 937.

DUBERTRET (M.)

L'intuitu personae dans les fusions, Rev. sociétés 2006, p. 721.

DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

L'incidence de la fusion-absorption du créancier sur le cautionnement de dettes futures, Gazette du Palais, 2010, p. 16.

ESPESSON-VERGEAT (B.)

- *Le clair-obscur de la clause d'agrément dans les opérations de fusion*, Petites affiches, 2004, p. 15.
- *Le jeu des clauses d'agrément et de préemption lors de la transmission universelle du patrimoine de la société*, D. 2003, p. 1216.

F. (D.)

La créance de carry-back n'est pas comprise dans la transmission universelle du patrimoine en cas de fusion et n'est pas transférée en l'absence d'agrément alors exigé par la réglementation, JCP E 2003, p. 631.

FARJAT (G.)

La notion de droit économique, Arch. phil. droit, 1992, p. 48.

FERRIER (N.)

Le sort de la délégation de pouvoirs en cas de fusion-absorption, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 957.

FORTIS (E.) et MULLER (Y.)

Droit pénal de l'entreprise, JCP E 2004, 1151.

FRANÇOIS-GUY (T.)

Stakeholders theory et droit des sociétés, Bull. Joly Sociétés, 2006, p. 1337.

GALLOIS-COCHET (D.)

Caducité d'une délégation de pouvoirs en cas d'absorption de la société, Dr. sociétés 2011, comm. 219.

GAMET (L.)

Le principe de personnalité des peines à l'épreuve des fusions et des scissions de sociétés, JCP G 2001, 345.

GARNIER (T.)

Avantages particuliers, D. 2002, 22.

GARAT (A.) et FIGEROU (C.)

Les conséquences sociales d'une fusion absorption, Lexbase Hébdéo éd. soc., 2004, 114.

GASTINEAU (P.)

Fusions et scissions de sociétés Apports partiels d'actifs.- Régime fiscal général des fusions, JCl Fisc. Impôts dir. Traité, 2004, Fasc. 1130-20.

GAVOTY (C.) et ULLMANN (P.)

L'absorption par une SAS exige-t-elle le consentement unanime des associés de la société absorbée?, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 831.

GERMAIN (M.)

- *L'opposition en droit des sociétés*, Pet. aff. 2007, p. 21.
- *La SAS libérée* : JCP E 1999.

GIBIRILA (D.)

- *La réalisation de l'objet social, cause de dissolution d'une société*, Lexbase, éd. aff. 2012, 320.
- *Sociétés.- Dispositions générale.- Transformation, fusion, scission et prorogation de la société*, JCl civ. 2010, Fasc. 60.

GRATALOUP (S.)

Quid de l'engagement de la caution en cas d'absorption de la société créancière ? D. 1999, p. 699.

GROSSI (I.)

Vices du consentement et opérations sociétaires, RLDA 1999, 12.

GUENGANT (A.)

- *Aménagement du régime juridique des opérations nationales de fusions et scissions*, JCP E 2008, 1977.
- *Fusions transfrontalières : transposition de la directive 2005/56/CE du 26 octobre 2006*, JCP G 2008, 31.

GUEZ (G.)

Déclaration commune de conformité, Rev. francophone des laboratoires (RFL), juin 2011, p. 77.

GUYADER (H.)

La décision de fusion-absorption d'un SA par une SAS doit être prise à l'unanimité des associés, RLDA 2007.

GUYON (Y.)

Présentation générale de la SAS, Rev. Sociétés 1994, p. 207.

HELIOT (S.) et LEGENDRE (X.)

« *Acquisitions de sociétés américaines par des sociétés françaises : la forward triangular merger en droit français* », Dr. sociétés, Act. prat., 2006, comm. 6.

HALLOUIN (J.-C.) et LAMAZEROLLES (E.)

Sociétés et groupements, Rec. Dalloz 2007, p. 267.

HOUIN (R.)

- *La prise de contrôle d'une société par actions (À l'exclusion du contrôle des concentrations d'entreprises)*, Rev. internationale du dr. privé, 1986, p. 567.
- *Le Code de commerce syrien de 1949*, Rev. int. dr. comp., 1953, p. 675.

HOUTCIEFF (D.)

- *Absorption de la caution : revirement ou pas revirement, telle est la question*, Gaz. Palais, 2014, p. 20.
- *Contribution à l'étude de l'intuitu personae, Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution*, RTD civ. 2003, p. 3.

HOVASSE (H.)

- *Bientôt « La société par actions très simplifiée »*, Dr. sociétés 2008, p. 6.
- *Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption de la société créancière*, Dr. des sociétés, 2008, comm. 155.

HOVASSE (H.), M. DESLANDES et R. GENTILHOMME

La séparation d'associés, Dr. sociétés, Actes pra. 1997, 36.

HUGUET (H.)

Sociétés en nom collectif (snc). – Fusion par absorption.- Commentaires, JCI Notarial Formulaire, 2014, Fasc. G-78.

INÈS (B.)

Solidarité entre employeurs successifs et non conformité d'une loi au principe de procès équitable, D. 2011.

JASPAR (X.) et MÉTAS (N.)

Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats intuitu personae et contraintes afférentes à certains biens, Bull. Joly sociétés, 1998, p. 447.

JEANTIN (M.),

- *Clauses d'agrément et fusion des sociétés commerciales*, Dr. sociétés, 1988, p. 2.
- *L'absorption d'une société coopérative par une autre ne constitue pas un cas de force majeure autorisant un coopérateur à suspendre l'exécution de ses engagements*, Bull. Joly Sociétés, 1991, p. 1136.
- *Le nouveau régime des fusions et scissions de sociétés*, JCP G 1988, 15169.

JOBERT (L.)

La notion d'augmentation des engagements des associés, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 627.

JULIENNE (M.)

Sous-cautionnement, fusion et obligation de couverture, RLDC 2014, 116.

KEITA (M.)

Incidences de la fusion sur le cautionnement, Pet. aff. 2000, p. 15.

KOLECK-DESAUTEL (S.)

Les effets d'une fusion-absorption sur le statut collectif des salariés, Lexabe, Hébd. éd. soc. 2003, 77.

KUNTZ (J.-E.)

La liquidation amiable : une procédure d'insolvabilité au sens du règlement n° 1346/2000 ?, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 308.

LAPORTE (C.)

Publicité foncière.- Publicité foncière des actes de procédure, JCI civ. 2014, Fasc. 60.

LARCENA (A.) et ELINEAU (A.)

Pratiques des délégations des pouvoirs : règles et évolutions récentes de cet outil de répartition des pouvoirs et responsabilités, Dr. sociétés 2012, p. 8.

LAVAL (G.)

Sociétés. – Droits d'enregistrement perçus au cours de la société. – Augmentation de capital. – Fusions. Scissions. – Apports partiels d'actif, JCI Enregistrement Traité, 2011, Fasc. 40.

LE BRAS (B.)

- *Règles communes aux augmentations de capital*, Pet. aff. 2005, p. 8.
- *Faute séparable des fonctions du dirigeant de société : la porte demeure ouverte à une analyse extensive*, Bull. Joly Soc. 2005, p. 599.

LE CANNU (P.)

- L'évolution de la loi du 24 juillet 1966 en elle-même, Rev. sociétés, 1996, p. 492.
- La transformation des sociétés, Bull. Joly 2010, 389.
- Le sens de la prime de fusion, RTD com. 2005, p. 368.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)

Clause d'agrément et la fusion: nouvelles précisions sur les conséquences d'une nullité de la cession, RTD com. 2008, p. 798.

LE NABASQUE (H.)

- *À propos de l'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966*, JCP E 1990, p. 17.
- *À propos de la réponse ministérielle n° 13316, JO Sénat Q, 30 sep. 2004*, RD ban. et fin. 2005, p. 30.
- *Apport partiel d'actif et faute inexcusable de l'employeur* : Bull. Joly Sociétés 2011, p. 726.
- *Interdiction d'augmenter les engagements des associés sans leur consentement*, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 193.
- *La fusion après acquisition peut constituer un abus de pouvoirs* : RJDA 1996, p. 432.
- *La transformation de la société débitrice principale laisse subsister l'engagement de la caution* : Bull. Joly Sociétés 2001, note sous Cass. com., 20 fév. 2001, p. 493.
- *Les actions de préférence de groupe*, Bull. Joly 2006, p. 1297.
- *Les fusions transfrontalières après la loi n° 2008-649 du 3 juillet 2008*, Rev. Sociétés 2008, p. 493.
- *Les programmes de rachat d'actions des sociétés non cotées*, Rev. sociétés, 2012, p. 271.

LE NABASQUE (H.), SOILLEUX (A.) et DUGUAY (A.)

La réforme du droit commun des fusions, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 265.

LEBEL (C.)

- *Une société dissoute par l'arrivée de son terme et en l'absence de prorogation*, Lexbase, éd. aff. 2012, p. 2.
- *Les pouvoirs du directeur général délégué de SAS*, RLDA 2011, 64.

LECOURT (A.)

La transposition en France des fusions transfrontalières : entre innovation et espoirs déçus, Bull. Joly 2008, p. 806.

LECOURT (B.)

La loi DDAC du 3 juillet 2008 réformant le code de commerce dans ses dispositions relatives au gouvernement d'entreprises, aux fusions internes, à la SARL et à la SE, Rev. sociétés, 2008, p. 563.

LEDOUBLE (D.)

Le règlement du CRC sur les fusions : facteur de progrès ou de complexité ?, Bull. Joly Soc. 2005, p. 331.

LEGEAIS (D.)

- *Cautionnement et fusion de la société créancière*, Rev. Sociétés 2005, p. 371.
- *Les conséquences de l'absorption d'une société ayant souscrit un engagement de sous-caution*, JCP G 2014, 1033.

LEGOUET (V.-L.)

L'incidence des fusions des banques sur les garanties, Banque et Dr. 2000, p. 19.

LEJEUNE (M.-A.)

Fusion absorption, Dr. des affaires, Le Bulletin de Cheuvreux, juin 2011, p. 21.

LENCOU (D.) et MENJUCQ (M.)

Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux : enfin une réalité mais des difficultés persistantes !, D. 2009, p. 886.

LENHOF (J.-B.)

Interrogations sur le régime des offres publiques sur titres participatifs, Lexbase Hébdéo éd. aff. 2004, 117.

LESIEUR (G.)

Le nouveau régime légal des fusions transfrontalières issu de la directive communautaire n° 2005/56/CE, Pet. aff. 2008, p. 8.

LIENHARD (A.)

- *Fusion-absorption de la société créancière : sort du cautionnement*, Rev. Sociétés 2010, p. 302.
- *Fusions transfrontalières : publication du décret d'application*, Dalloz actualité, 8 janvier 2009.
- *Sanction du non-respect des clauses d'agrément en cas de fusion-absorption*, D. actualité 2006.
- *Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption*, D. 2005, 371.

LUCAS (F.-X.)

- *La transmission universelle du patrimoine, à l'occasion de la dissolution d'une société unipersonnelle, après la loi NRE* : D. sociétés 2002, p. 33.
- *Le dirigeant social qui contracte au mépris d'une clause statutaire limitant ses pouvoirs engage la société*, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 529.
- *Vade mecum de la liquidation dite « amiable » des sociétés* : Bull. Joly Sociétés 2009, p. 285.

LYON-CAEN (A.)

Le comité d'entreprise et les restructurations, Dr. soc. 2004, p. 285.

MAÏA (J.)

L'agrément fiscal : instrument d'intervention économique ou de sécurité juridique ?, RJF 2001, p. 99.

MALECKI (C.)

La gouvernance éclairée, RLDA 2007, 18.

MALKA (L.)

Droit des sociétés, Petites affiches, 2009, p. 4.

MARPEAU (B.) et LUNDWALL (L.-G.)

Une société caution, absorbée par une autre, ne peut se prévaloir de cette fusion pour échapper à ses obligations, RLDA 2014, 91.

MARTIN (G.)

La notion de fusion, RTD com., 1978, p. 274.

MARTIN (D.) et PRAT (B.)

Etude comparative des différentes modalités de rapprochements transfrontaliers, Cahiers de droit de l'entreprise, 2011, 6, dossier 37.

MARTY (R.)

Restructuration de sociétés, transmission universelle du patrimoine et droit du cautionnement, RFC 1999, p. 73.

MASCALA (C.)

Fusion-absorption et responsabilité pénale des personnes morales : le choc entre le droit des sociétés et le droit pénal, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 39.

MASSART (T.)

Panorama de l'environnement juridique de la restructuration, RLDA 2010, 54.

MASTRULLO (T.)

La transposition en droit français de la directive sur les fusions transfrontalières : une

avancée et des regrets, Europe, 2009, 8-9.

MASTSOPOULOU (H.)

- *La dissolution pour mésentente entre associés*, Rev. sociétés, 1998, p. 21.
- *La société absorbante n'est pas pénalement responsable de l'infraction commise par la société absorbée*, D. 2001, p. 853.

MAURICE (C.)

Le régime fiscal applicable aux fusions de sociétés, Bull. Joly sociétés, 1992, p. 1263.

MENJUCQ (M.)

Les fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, Rev. Lamy droit des affaires, 2006, 10.

MENJUCQ (M.), MARSHALL (F.), VAN DEN BULKE (D.), BUTCHER (M.) et NEUVILLE (C.)

Les fusions transfrontalières, Rev. Lamy Dr. des Aff. 2009, 37.

MÉRAT (P.)

Fusions et sociétés de personnes : aspects juridiques, Dr. sociétés, 2002, 8.

MERLE (P.)

- *Annulation d'une fusion de SAS : absence d'accord du conseil de surveillance ou erreur constitutive d'un vice du consentement ?*, Bull. Joly Sociétés 2013, p. 223.
- *Clause d'agrément et fusion...encore !*, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 774.

MESSAÏ (S.)

La responsabilité civile personnelle du dirigeant social à l'égard des tiers, Pet. aff. 2003.

MESSAÏ-BAHRI (S.)

- *Nouvelle illustration de l'épineuse question de la responsabilité civile du dirigeant vis-à-vis des tiers et de la faute séparable*, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 395.
- *Responsabilité des dirigeants : faute pénale et faute séparable*, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 526.

MESTRE (J.)

La réforme des valeurs mobilières, RLDA 2005, 78.

MICHEL (J.) et CESSAC (M.)

Cession de contrat et silence de la personne publique, AJDA 2008, p. 1073.

MICHEL (S.)

La réforme des fusions internes, Cahiers de droit de l'entreprise, 2008.

MIGNOT (M.)

Cession de créance, retrait litigieux et cautionnement : RLDC, 2011, 78.

MONNET (J.)

Fusion absorption d'une SARL par une SAS, Dr. des sociétés, avr. 2008, comm. 80.

MONOD (F.)

Trois innovations révolutionnaires pour les actions de préférence, Capital finance, 2004, 728.

MONOD (F.) et ARAKELIAN (R.)

Droits nouveaux attachés aux actions de préférence en cas de fusion : une solution pour les « liquidations préférences », Décideurs : Stratégie, Finance et Droit, 2004, 58.

MONSÉRIÉ-BON (M.-H.)

Les dirigeants de la société civile aujourd'hui : quels pouvoirs ?, Bull. Joly Sociétés 2008, p. 1061.

MOREAU (M.-A.)

Restructurations et comité d'entreprise européen, Dr. soc. 2006, p. 308.

MORELLI (N.)

- *Dissolution confusion et contrat intuitu personae*, Pte. aff. 2006, p. 12.
- *Fusion absorption et sort des brevets*, Pet. aff. 2006, p. 17.
- *Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion*, Bull. Joly Sociétés, 2004, p. 933.
- *Le sort du cautionnement dans les opérations de restructuration*, Pet. aff. 2013, p. 7.
- *Les fusions transfrontalières*, Pet. aff. 2007, p. 4.

MORIN (A.)

Intuitu personae et sociétés cotées, RTD com. 2000, p. 295.

MORTIER (R.)

Naissance et transmission d'une dette dans le cadre d'une dissolution-confusion, Bull. Joly Sociétés 2010, p. 526.

MOULIN (J.-M.)

- *Fusion, scission et apport partiel d'actif*, D. 2011.
- *Les actions de préférence*, Petites aff. 2005, p. 24.

MOULIN (J.-M.) et COLLIOT (S.)

La vie des délégations de pouvoirs dans l'entreprise, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 745.

MOURY (J.)

Des clauses restrictives de la libre négociabilité des actions, RTD com. 1989, p. 157.

MUDET (P.)

Le sort de la caution en cas de fusion de la société créancière : un revirement ?, RLDA 2009, 42.

MULLENBACH (L.)

Comment le commissaire à la fusion doit-il formuler la conclusion de son rapport, Rev. Dr. comptable, 1990, 89.

MULLER (Y)

La responsabilité pénale de la personne morale en cas de fusion-absorption, JCP E 2004, 1151.

NIEL (S.)

La fusion, une opération à haut risque, les cahiers du DRH, 2008, 16.

NÈGRE (P.)

Aspects fiscaux des restructurations, RLDA 2010, 54.

OIETTE (G.)

Cautionnement, D. 2009.

OLIVIER (G.)

Le remboursement d'un rompu à un associé d'une SCPI peut-il être assimilé à une soulte ?
Bull. Joly Sociétés 2010, p. 850.

PAILLUSSEAU (J.)

« *La rétroactivité des opérations de fusion : d'une conception juridique "light" à une conception fiscale "lourde"* », JCP E, 2000, 1557.

PECAUT RIVOLIER (L.)

La notion d'établissement distinct et le droit de représentation du personnel, JCP S 2012, 1305.

PÉCAUT-RÉVOLIER (L.) et STRUILLOU (Y.)

Chronique des jurisprudences sur la représentation du personnel, Semaine Sociale Lamy 2011, 1504.

PÉLISSIER (J.)

Conventions collectives applicables après une restructuration, RJS 1991, 3.

PÈRE (D.)

Assemblées houleuses et expulsion d'actionnaires : attention à la responsabilité pénale des dirigeants !, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 1437.

PETOT-FONTAINE (M.)

- *Fusions et scissions. – Apport partiel d'actif*, JCl sociétés traité 2012, Fasc. 79-10
- *Gestion financière.-Capitaux propres.-Distribution*, JCl Sociétés Traités, 2013, Fasc. 147-20.

PICOD (N.)

Le sort de l'obligation de la sous-caution en cas de fusion-absorption, AJCA, 2014, p. 32.

PIERRE (J.-L.)

Application du régime spécial de fusion, Droit des sociétés, 2004, comm. 160.

PIETRANCOSTA (A.) et GERSCHEL (C.)

La « dissolution-confusion » en passe de supplanter la fusion, Dr. et patrimoine 2002, 105.

POHÉ (D.)

La distinction obligation de règlement/obligation de couverture et la fusion-absorption, Pet. aff. 2004, p. 8.

PORACCHIA (D.)

- *La fusion rapide dans les LBO*, Dr. et Patrimoine 2006, 152.
- *Fusion-Transmission universelle du patrimoine-Cautionnement*, D. et Patr. 2005, 135.
- *Nullité d'un cautionnement contraire à l'intérêt social, malgré le consentement unanime des associés*, Bull. Joly Soc. 2012, p. 831.
- *Pouvoir des dirigeants et limitations statutaires*, Dr. et Patr. 2001, 95.
- *Transmission universelle du patrimoine-Contrat conclu intuitu personae*, Dr. et Patrimoine, 2003, 114.

PRIEUR (J.), MONASSIER (B.), LAFON-BEL (A.-M.) et BÉGHAIN (J.)

Les missions des professionnels dans les opérations de fusions-acquisitions : Dr. sociétés 1995, p. 1.

PRIGENT (J.)

La transmission du bail commercial en cas de dissolution de la société unipersonnelle, Lamyline, La revue des Loyers, 2005, 854.

PRIGENT (S.)

Sort du cautionnement en cas de fusion-absorption, Pet. aff. 2006, p. 10.

PRÜM (A.)

« Fusions de banques et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », Rev. Dr. banc. et Fin. 2006, p. 1.

PUIGELIER (C.)

Païement des salaires : solidarités des employeurs successifs en cas de transfert d'entreprise, La Semaine Juridique Social, 2011, 27.

RANDOUX (D.)

La fusion absorption ne confère pas d'avantage particulier à la société absorbante, actionnaire majoritaire de la société absorbée, Rev. sociétés, 1995, p. 713.

RAPP (R.), TERNEYRE (Ph.) et SYMCHOWICS (N.)

Lamy Droit Public des Affaires, 2014.

RIASSETTO (I.)

- *Gestion d'actifs : les principales modifications apportées par l'ordonnance n° 2011-915 du 1^{er} août 2011 et ses décrets d'application*, RLDA 2011, 64.
- *Typologie des transformations*, Bull. Joly 2010, p. 389.

RENUCCI (J.-F.)

Infractions d'affaires et prescription de l'action publique, D. 1997.

REYGROBELLET (A.)

La scission s'impose aussi au bailleur, Rev. Sociétés 2011, p. 556.

RIZZO (F.)

Le principe d'intangibilité des engagements des associés, RTD. com 2000, p. 27.

ROBINE (D.)

Désignation d'une SEP en qualité de débitrice principale dans un cautionnement, Bull. Joly Sociétés, 2010, p. 864.

ROUSSILLE (M.)

Clause d'agrément et fusion absorption d'un actionnaire, Dr. sociétés, 2011, 171.

ROUVIÈRE (F.)

Le caractère accessoire du cautionnement, RTD com. 2011, p. 689.

RUMEAU-MAILLOT (H.)

Les délais de prescription en droit des sociétés, Rev. sociétés 2012, p. 203.

SAINT-PAU (J.-C.)

La responsabilité pénale d'une personne physique agissant en qualité d'organe ou représentant une personne morale, in *mélanges B. Bouloc*, D. 2007, p. 1011.

SAINTOURENS (B.)

- *L'action en nullité d'une décision d'apport partiel d'actif est soumise au délai de prescription abrégé applicable aux fusions et scissions*, Bulletin Joly Sociétés, 2003, p. 933.
- *Les formalités des publicités requises pour l'opposabilité aux tiers d'une dissolution par fusion-absorption*, Rev. sociétés 2007, p. 531.
- *Société civile*, D. 2012, 180.

SAINTOURENS (B.) et EMY (P.)

Simplification et amélioration de la qualité du droit après la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 : Rev. sociétés 2011, p. 467.

SAVAUX (E.)

La personnalité morale en procédure civile, RTD civ. 1995, p. 1.

SCHILLER (S.)

La rétroactivité des fusions, JCP G 2013, 1513.

SIMLER (P.),

- *Cautionnement.- Extinction par voie principale.- Causes de droit commun*, JCl civ. 2013, Fasc. 65.
- *Les sûretés personnelles*, Dr. et patr. 2005, 140.

SOLLE (B.)

Traitement juridique de la perte subie par la société absorbée durant la période intercalaire : histoire d'un malentendu : RJDA 1992, 335.

SORDINO (M.-C.)

La responsabilité morale de la personne morale, LDPA 2014, 148.

STORCK (M.)

Faut-il supprimer les actions à droit de vote double en droit français ?, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 92.

SYLVESTRE (S.)

Une société absorbante peut-elle avoir un actif net négatif ? Bull. Joly Sociétés 2002, p. 1003.

TANDEAU (M.-V.) et LEVESQUE (M.-I.)

Stocks-options et mécanismes d'intéressement assimilés : les écueils juridiques à éviter, Bull. Joly Sociétés, 1999, p. 729.

TEISSIER (A.)

La validité de délégation. Le choix du délégataire, RJS 2007, p. 551.

THEIMER (A.)

- *Fusion entre collecteur action logement (CIL 1%) et clause d'agrément dans une société anonyme d'habitation à loyer modéré*, JCl Actes pratiques et Ingénierie sociétaire, 2011, n° 117, point 3, p. 17.
- *Les clauses d'agrément*, JCP G, 2005, 1587.

THULLIER (B.)

Chronique de jurisprudence commerciale (CJ), RD 2007, p. 1550.

TOULEMENT (B.) et ZAPF (H.)

Positions récentes de la jurisprudence en matière de LBO et d'apport-cession, Gaz. Pal. 2011, p. 25.

TOURREIL (J.-E.)

Fusion GDF/SUEZ : précisions sur la procédure de consultation du comité d'entreprise

européen, Jurisprudence Social Lamy 2008, 227.

UETTWILLER (J.-J.)

- *L'absorption d'une SA par une SAS est-elle une transformation en SAS ?*, Gaz. Palais, 2007, p. 19.
- *La fusion avec une SAS est-elle une transformation de société ?*, Gaz. Palais, 2005, p. 2.

UETTWILLER (J.-J.) et PRIEUR (C.-E.)

Les conventions de garantie dans les souscriptions de droits sociaux, Bull. Joly Soc. 2004, p. 1449.

URBAIN-PARLÉANI (I.)

- *La fusion absorption à l'épreuve des clauses d'agrément : le cas particulier de la transmission des droits sociaux détenus dans le capital d'une société tierce*, in *Mélanges Y. Guyon*, Dalloz 2003, p. 1061.
- *La responsabilité des personnes morales à l'épreuve des fusions*, Rev. soc. 2001, p. 851.
- « *Les limites chronologiques à la mise en jeu de la responsabilité pénale des personnes morales* », Rev. sociétés 1993, p. 239.
- *Sociétés anonymes-Fusion-absorption-Clause d'agrément-Applicabilité (oui)-Non respect de la procédure d'agrément-Conséquence-Application du dispositif de rachat (art. L. 228-4)*, Rev. sociétés 2006, p. 431.

URLACHER (T.)

Apport partiel d'actif : option implicite pour le régime des scissions, Bull. Joly Sociétés, 2009, p. 992.

VAMPARYS (X.)

- *Effet d'une fusion sur l'action publique engagée à l'égard de la société absorbée*, Bull. Joly sociétés, 2010.
- *Fusion et transmissibilité des conventions conclus intuitu personae*, Bull. Joly Sociétés, 2006.
- *Portée de la clause de rétroactivité dans fusion-absorption*, Bull. Joly Sociétés 2006.

VIANDIER (A.)

- *L'article 217-9 de la loi du 24 juillet 1966 et les rachats d'entreprises*, JCP G 1990, 3476.
- « *La portée de l'effet rétroactif de la fusion* » : RJDA 1999, p. 699.
- *Le commissaire à la fusion*, *Economie et comptabilité*, 1988, 3.

- *Les contrats conclus intuitu personae face à la fusion des sociétés*, in *Mélanges C. Mouly*, Litec 1998, p. 193.

XAVIER TESTU (F.)

Transmission du contrat, D. 2010.

ZENATI (F.)

Le droit et l'économie au-delà de Marx, Arch. phil. droit, 1992, 37.

IV. RESSOURCES ELECTRONIQUES

ADNOT (P.)

Actions de préférence : droits particuliers équivalents, JO Sénat Q, 30 sep. 2004, www.nossenateurs.fr.

BERT (D.)

L'absorption par une SAS d'une société d'une autre forme requiert un vote unanime, 2006, danielbert.blogspirit.com.

BIDEAU (A.)

Droit des sociétés, Brèves Lamy Lexel, nov. 2007, www.lamy-lexel.com.

BRENON (G.)

Agriculture de groupe, septembre-octobre 2011, n° 377, gaecetsocietes.org.

ELLYSIDE

Fusions de sociétés, scissions de sociétés et apports partiels d'actif, 2009, www.doc-etudiant.fr.

GRETEAU (B.)

Fusion rapide opérée à l'occasion de LBO secondaire, 2009, www.economag.com.

GUILLEMINET (T.)

T.U.P et cession de bail commercial, 7 déc. 2012, <https://avocats.fr/space/thierry.guilleminet>.

JACQUIN (C.), HAMOUDI (K.) et THOMAS-HISLAIRE (D.)

Restructurations d'entreprise, Sociétés d'études, 2010, www.soc-etudes.cgt.fr.

JUAN (A.)

Naissance et vie de personne morale d'une société, 2011, www.le-droit-des-sociétés.fr.

LE GOFF (L.)

Fusion de sociétés : nouvelles modalités de publicité et d'information des actionnaires, Les Echos, 2012, business.lesechos.fr.

LEROUX (K.)

Liquidation judiciaire ou liquidation amiable, quelle procédure choisir ? 2013, www.juritravail.com.

MARDESIC (K.)

- *Fusion : quelle est la date d'effet de la dissolution de la société absorbée à l'égard des tiers ?*, Dr. sociétés, 2011, www.nomosparis.com.
- *Fusion/Scission : les nouvelles mesures de publicité du projet de traité*, Dr. sociétés, 2011, www.nomosparis.com.

MICHEL (S.)

- *Les fusions et scissions impliquant d'autres formes de sociétés que les sociétés par actions et les sociétés à responsabilité limitée*, 2010, www.village-justice.com.
- *Nouvelle réforme des fusions : quoi de neuf en pratique?*, Actualités juridiques du village, Dr. des aff. et des sociétés, juin 2011, www.village-justice.com.

NEDELEC (M.-Y.) et FOLLOROU (J.-G.)

La mauvaise réputation des fusions rapides bientôt lavée par l'administration fiscale ?, 31 janv. 2008, <http://www.avoxa.fr>.

PITUAD (C.)

Transmission d'un contrat de franchise, Les Echos, 3 fév. 2010, business.lesechos.fr.

ROZÈS (J.-B.)

L'étendue de la responsabilité pénale des dirigeants, 2 déc. 2011, www.village-justice.com.

TOMASINI (L.)

La société par actions simplifiée : une structure pour tous ?, 11 mars 2012, www.creg.ac-versailles.fr.

V. COURS, ÉTUDES, COLLOQUES ET RAPPORTS

BURG (A.) et ORY (R.)

Les limites au principe de transmission universelle du patrimoine dans les opérations de fusion, Fusions et acquisitions magazine, mars-avr. 2012, p. 79.

CARAC MAGAZINE

Le retour des fusions-acquisitions, juillet 2014, n° 194, p. 4.

CAHIER D'ACTUALITÉS

Le magazine du Responsable comptable administratif financier, Publicité du projet de fusion

ou de scission au Bodacc, 2012, n° 17.

GHIZLAINE (B.)

L'apport partiel d'actif (APA) : impact juridique, cours en droit des affaires, 16 déc. 2009.

DAILLY (M.-E.)

JO, discussion Sénat du 21 octobre 1993 pour la transformation d'une société existante en une SAS.

EUGÈNE MATHON (M.)

Discours prononcé à la Conférence Lainière Internationale, Paris, 21 et 22 nov. 1928.

FERRAND, (B.)

Cours de droit des sociétés, Université d'Ivry-Val d'Essonne, 2008-2009.

GARAUD (P.)

L'œuvre juridique de l'Ecole française de droit de Beyrouth, Mélanges à la mémoire de Paul HUVELIN, Livre du 25^e anniversaire de l'Ecole française de droit de Beyrouth, Sirey, 1938.

HUGOT (A.)

Apports d'actif : opter ou non pour la transmission universelle du patrimoine, dossier publié sur Option Finance, la lettre des fusions-acquisitions et du private equity, lundi 24 oct. 2011.

Lettre du 12 août 1999, secteur de la distribution (Casino/Cora), BOCC, 18 oct. 2000, p. 4.

LE MONDE

La mode des mariages de raison, 15 févr. 1991, p. 29.

LOY (M.), OLCZAK-GODEFERT (G.) et DION (E.)

Les nouvelles règles de fusion au sein de l'Union européenne : à manier avec précaution !, Fusions et Acquisitions Magazine, 29-04-2009, p. 1.

MACELHONE (I.) et LAGIER (Q.)

Mise en œuvre de la directive sur les fusions transfrontalières en Europe, Fusions et Acquisitions Magazine, 2008, p. 1.

MENJUCQ (M.)

Les fusions transfrontalières, Colloque du 2 juin 2008, Chambre de commerce et d'industrie de Paris, RLDA 2009, 37.

VAN OMMESLASHE (P.)

« *Les fusions transfrontalières de sociétés* », Bruxelles, séminaire du 26 janv. 2006, p. 14.

VI. NOTES, OBSERVATIONS, RAPPORTS ET CONCLUSIONS

ALFANDARI (E.) et JEANTIN (M.)

obs. sous CA Paris, 19 mars 1982, RTD com. 1982, p. 258.

AMIEL-COSME (L.)

note sous Cass. com., 3 juin 2008, Rev. sociétés 2009, p. 339.

ARCELIN (L.)

note sous Cass. com., 20 nov. 2001, JCP E 2002, n° 27, p. 1146.

ARRIGHI DE CASANOVA (J.)

conclu. Sous CE, 16 juin 1996, Rev. sociétés 1993, p. 632.

BAHANS (J.-M.)

note sous Cass. com., 11 sep. 2012, Bull. Joly Sociétés 2013, n° 1, p. 95.

BARBIÈRI (J.-F.)

note sous Cass. com., 13 sep. 2011, Rev. sociétés 2012, p. 500.

note sous Cass. crim., 2 avr. 1998, Bull. Joly Sociétés 1998, n° 9, p. 969.

obs. sous Cass. com., 3 juin 2008, Bull. Joly, n° 189, p. 883.

note sous Cass. com., 20 mai 2003, Rev. sociétés 2003, p. 479.

obs. sous Cass. com., 13 déc. 2005, Bull. Joly Soc. 2006.

note sous Cass. crim. 6 févr. 1996, Bull. Joly 1996, n° 144, p. 409.

BASTIAN (D.)

Cass. com., 22 octobre 1956, JCP 1956, II, n° 9678.

BESSON (A.)

note sous Cass. civ, 9 févr. 1937, D. 1937, p. 73.

BONNEAU (TH.)

note sous Cass. 3^e civ., 16 févr. 2000, JCP E 2000, n° 36, p. 1386.

BOULOC (B.)

obs. sous Cass. crim., 10 juill. 1995, Rev. sociétés 1996, p. 312.

obs. sous Cass. crim. 30 sep. 1991, Rev. sociétés 1992, 356.

note sous Cass. crim., 10 avr. 2002, Rev. sociétés 2002, p. 566.

obs. sous Cass. crim., 13 févr. 1989, Rev. sociétés 1989, p. 692.

BRUST (J.-J.)

note sous CA Paris, 17 janvier 1972, JCP 1972, II, 17238.

CABRILLAC (M.)

obs. sous Cass. com., 4 mai 1981, D. 1982, p. 171.

CALENDINI (J.-M.)

obs. sous Cass. com., 3 juin 1997, Bull. Joly 1997, n° 284.

CAUSSIN (J.-J.), DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)

obs. sous CA Versailles, 24 févr. 2005, JCP E 2005, n° 1046.

note sous Cass. com. 13 nov. 2007, JCP E 2008, n° 3.

note sous Cass. com., 30 nov. 2004, JCP E 2005, p. 124.

obs. sous Cass. 3^e civ., 17 mai 2006, JCP E 2007, p. 1048.

CAUSSAIN (J.-J.) et VIANDIER (A.)

note sous Cass. com., 29 juin 1993, JCP 1993, I, 288

CAVALIER (G.)

note sous CA Versailles, 22 sep. 2011, Bull. Joly Sociétés 2012, p. 47.

CHAMPAUD (C.) et DANET (D.)

note sous Cass. com., 4 juin 2002, RTD com. 2003, 114.

CHAPUT (Y.)

obs. sous CA Paris, 7 déc. 1993 : Rev. soc. 1994, p. 106.

obs. sous Cass. com., 23 oct. 1990, Rev. sociétés 1991, p. 538.

CONSTANTIN (A.)

note sous Cass. com., 18 févr. 2004, Bull. Joly Sociétés 2004, p. 671.

COQUELET (M.-L.)

obs. sous CA Versailles, 4 févr. 1997, Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 553.

obs. sous Cass. com., 9 nov. 2010, Dr. Sociétés 2011, comm. I.

note sous Cass. 3^e civ, 30 avr. 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 913.

note sous Cass. 3^e civ., 16 janv. 2008, Dr. sociétés 2008, n° 92.

note sous Cass. com., 29 janv. 2002, Bull. Joly 2002. 683.

note sous Cass. com., 10 juin 1995, Bull. Joly Sociétés, 1995, n° 12, p. 1058.

COURET (A.)

note sous Cass. com., 23 mars 1999, JCP E 1999, p. 1012.

note sous Cass. com., 10 juill. 2007, Bull. Joly Sociétés 2007, p. 1225.

obs. sous Cass. com., 9 déc. 2008, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 399.

note sous Cass. com., 21 janv. 2014, Bull. Joly Sociétés 2014, p. 180.

COURET (A.) et DONDERO (B.)

note sous Cass. com., 7 janv. 2014, Bull. Joly Sociétés 2014, n° 5, p. 98.

COURET (A.) et LE CANNU (P.)

note sous Cass. crim., 10 juill. 1995, Bull. Joly 1995, p. 1051.

DAIGRE (J.-J.)

note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993 : Bull. Joly Sociétés 1993, p. 892.

note sous Cass. 2^e civ., 12 juill. 2001, JCP E 2003, n° 281.

note sous Cass., 8 nov. 2005, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 99, p. 502.

note sous CA Paris, 13 mai 2005, Bull. Joly Sociétés, 2005, p. 1363.

note sous CA Paris, 10 avr. 1986, Rev. sociétés 1986, p. 428

note sous CA Douai, 14 nov. 1996, JCP E 1997, II, 925.

note sous Cass. com., 1^{er} juin, 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 892.

note sous Cass. com., 3 juin 1986, D. 1987, p. 85.

DE L'ISLE (G.B.) DERRUPÉ (J.)

note sous Cass. com., 1^{er} juin 1993, RDI 1993, p. 434.

DEBOISSY (F.) et WICKER (G.)

obs. sous Cass. com., 26 oct. 2010, JCP E 2011, n° 4.

obs. sous CE, 4 déc. 2009, JCP E 2010, 1145.

DELAISI (P.)

obs. sous Paris, 17 janv. 1972, Gaz. Pal. 1972, n° 2, p. 500.

DEREU (Y.)

note sous Cass. 3^e civ., 12 juill. 2005, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 46, p. 231.

DEZEUZE (E.)

note sous Cass. crim., 6 sep. 2000, Bull. Joly Sociétés 2000, n° 19, p. 61.

DONDERO (B.)

note sous Cass. 2^e civ., 22 mai, 2008, Bull. Joly Sociétés, 2008, n° 11, p. 866.

note sous Cass. com., 20 mai 2003, D. 2003, p. 2623.

note sous Cass. 1^{er} civ., 16 nov. 2004, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 370.

DUQUESNES (F.)

obs. sous Cass. crim., 14 mars 2006, D. 2007, p. 1057.

FAUGÉROLAS (L.)

note CA Paris, 8 juill. 1992, D. 1992, p. 247.

note sous CA Paris, 8 juill. 1992, Bull. Joly Sociétés 1992, n° 11, p. 1210.

FORTUIT (PH.)

note sous Cass. com., 18 fév. 1997, Rev. sociétés 1998, p. 324.

GALLOIS-COCHET (D.)

obs. sous Cass. com., 13 sep. 2011, Dr. sociétés 2011, comm. 214.

note sous Cass. 1^{er} civ., 9 fév. 2012, Dr. sociétés 2012, n° 63.

GERMAIN (M.)

note sous Cass. com. 20 janv. 1987, JCP 1987, II, 20844.

GODON (L.)

note sous Cass. com., 26 mars 1996, Rev. sociétés 1996, p. 604.

GRELLIÈRE (V.)

note sous Cass. com. 17 juill. 1990, JCP E 1991, II, n° 143.

GROSLANDE

note sous CA Paris, 19 févr. 1999, Bull. Joly Sociétés 1999, n° 674.

GUYÉON (J.)

note sous CA Riom, 5 mai 1980, Rev. sociétés 1981, n° 596, p. 606.

GUYON (Y.)

note sous CJCE, 23 avr. 1986, Rev. sociétés 1987, p. 283.

note sous CA Paris, 17 avr. 1976, Rev. sociétés 1977, p. 69.

HAMMOUIN (J.-C.)

obs. sous Cass. com., 25 mars 1997, D. 1998, somm. 183.

HASSLER (TH.)

note sous Cass. 1^{er} civ., 16 juill. 1986, D. 1987, p. 366.

HÉMARD (J.)

note sous Cass. com., 27 oct. 1980, Rev. sociétés 1982, p. 81.

HOUIN (R.)

note sous Cass. com., 11 oct. 1967, RTD com. 1968, p. 94.

HOUTCIEFF (D.)

obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, JCP G 2005, II, n° 10170.

obs. sous Cass. com., 30 juin 2009, Bull. Joly sociétés 2009, p. 1049.

JEANTIN (M.)

note sous Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, Bull. Joly Sociétés, 1991, n° 12, p. 1136.

note sous CA Paris, 14 mars 1991, Bull. Joly Sociétés 1991, p. 500.

note sous CA Paris, 4 juin 1993, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 895.

note sous Cass. com., 15 juill. 1992, RTD com. 1992, p. 335.

JEANTIN (M.) et VIANDIER (A.)

note sous Cass. com., 17 oct. 1989, RDB 1990, n° 4, p. 133.

LANGLOIS (PH.)

obs. sous Cass. crim., 28 nov. 1984, Dalloz 1985, IR, 436.

LE CANNU (P.)

note sous Cass. com., 4 févr. 2004, Bull. Joly Sociétés, 2004, n° 126, p. 649.
obs. sous CA Versailles, 27 janv. 2005, RTD com., 2005, p. 368.
obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 1999, Bull. Joly Sociétés 1999, p. 537.
note sous Cass. com., 12 juill. 2005, Bull. Joly Sociétés 2005, n° 1, 6.
obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, Bull. Joly Sociétés 2006, p. 344
note sous Cass. com., 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, p. 946.
obs. sous Cass. com., 11 oct. 1988, Bull. Joly Sociétés 1988, n° 300, p. 925
note sous Cass. com., 30 nov. 2004, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 241.
note sous Cass. com., 9 nov. 2010, Bull. Joly Sociétés 2011, p. 122
note sous Cass. com., 7 octobre 2008, RTD com., 2009, p. 387.
note sous Cass. com., 26 mars 1996, Bull. Joly Sociétés 1996, p. 604
note sous Cass. com., 26 mars 1996, Rev. sociétés, 1996, p. 793.

LE CANNU (P.) et CAILLAUD (B.)

note sous Cass. com., 15 juill. 1992, Bull. Joly 1992, p. 1111.

LE NABASQUE (H.)

note sous CA paris, 14 mai 1997, Rev. sociétés 1997, p. 827.
note sous Cass. com., 20 mai 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 786.
note sous Cass. com., 20 févr. 2001, Bull. Joly Sociétés 2001, p. 856.
note sous CA Paris, 4 juin 1993, Dr. sociétés 1993, comm. 210.

LÉCUYER (H.)

obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, Dr. sociétés, 2006, comm. 16.
obs. sous Cass. com., 3 mai 2007, Dr. sociétés 2007, comm. 129.
note sous Cass. com., 8 nov. 2005, Dr. sociétés 2006, n° 41.

LEGEAIS (D.)

note sous Cass. com., 8 nov. 2005, JCP E 2006, p. 14.
obs. sous Cass. com., 7 janv. 2014, RTD com. 2014, p. 171.

LIENHARD (A.)

note sous Cass. 3^e civ., 17 mai 2006, D. 2006, p. 1687.
obs. sous Cass. com., 17 juill. 2001, D. 2001, p. 2414
obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, D. 2005, p. 2875.
note sous Cass. com., 30 juin 2009, D. 2009, p. 2163.
obs. sous Cass. com., 7 janv. 2014, D. 2014, p. 77.

LUBY (M.)

obs. sous Cass. com., 15 mars 1994, Bull. Joly Sociétés 1994, p. 637.

LUCAS (F.-X.)

note sous Cass. 3^e civ. 24 janv. 2001, Bull. Joly Sociétés 2001, n° 5, p. 529.

MABILAT (P.)

note sous Cass. com., 25 oct. 1983, Rev. sociétés, 1984, p. 297.

MALAURIE (PH.)

note sous Cass, civ. 1^{re}, 17 janv. 1984, D. 1984. 437.

MARÉCHAL (J.-Y.)

obs. sous Cass. crim., 9 mars 2010, D. 2010, p. 2135.

MENJUCQ (M.) et TASTE (A.)

obs. sous Cass. com., 15 mai 2007, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 294, p. 1075.

MERLE (PH.)

note sous CA Rouen, 9 juin 2011, Bull. Joly Sociétés 2011, n° 10, p. 774.

MESTRE (J.)

note sous Cass, civ. 1^{re}, 17 janv. 1984, RTD civ. 1984. 719.

MIGNOT (M.)

note sous Cass. com., 7 janv. 2014, Gaz. Pal. 2014, n° 30, p. 13.

MONNET (J.)

note sous Cass. com., 27 sep. 2005, Dr. sociétés 2006.

MORELLI (N.)

obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, Gaz. Pal. 2005, n° 364, p. 11.

note sous Cass. com., 7 juin 2006, Pte. aff. 2006, n° 179, p. 12.

note sous Cass. com., 19 févr. 2013, LPA 2013, n° 128, p. 7.

MORTIER (R.)

note sous Cass. com., 20 mai 2008, Dr. sociétés, 2008, 10.

note sous Cass. com., 2 févr. 2010, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 6, p. 526.

obs. sous Cass. com., 24 mai 2011, Dr. des sociétés 2011, 11.

note sous Cass. com., 12 févr. 2008, Dr. sociétés 2008, n° 74.

MOULY (C.)

obs. sou Cass. com., 29 juin 1982, Rec. Dalloz Sirey, 1983, p. 360.

NEAU-LEDUC (C.)

note sou Cass. soc., 16 janv. 2008, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 7, p. 562.

PICOD (N.)

note sous Cass. com., 7 janv. 2014, AJCA 2014, p. 32.

PRIGENT (S.)

obs. sous Cass. com., 8 nov. 2005, LPA 2006, n° 4, p. 10.

ROBINE (D.)

note sous Cass. com., 6 juill. 2010, Bull. Joly Sociétés, 2010, n° 11, p. 864

ROUJOU (G.)

note sous Cass. crim., 26 juin 2001, D. 2002, p. 1802.

ROUTIER (R.)

note sous Cass. com., 23 mars 1999, Bull. Joly 1999. 679.

SAINTOURENS (B.)

obs. sous Cass. com., 29 juin 1993 : Bull. Joly Sociétés, 1993, n° 267, p. 914.

note sous Cass. com., 23 janv. 2006, Rev. sociétés 2007, p. 531.

SALOMON (R.)

note sous Cass. crim. 7 avr. 2004, Dr. sociétés 2004, n° 156.

SCHMIDT (D.)

obs. sous Cass. com., 19 avr. 1972, D. 1972, p. 538.

note sous Cass. com., 9 mars 2009, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 109, p. 537.

SCHOLER (P.)

note sous Cass. com., 21 janv. 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, 83.

SÉLINSKY (V.)

note sous Cons. conc., 14 juin 2002, Recueil Lamy, n° 894.

SIMLER (PH.)

note sous Cass. com., 4 juin 2002, JCP 2003, I, 124.

obs. sous Cass. com., 17 juill. 2001, JCP G 2001, I, 356, n° 7.

SIMLER (PH.) et DELEBECQUE (PH.)

note sous Cass. com., 4 juin 2002, JCP G 2003, n° 14, p. 616.

SORTAIS (J.-P.)

note sous Cass. 3^e civ., 10 janv. 1973, Rev. sociétés 1973, 647.

TERRIER (M.)

rapp. sous Cass. ass. plén. 9 mai 2008, jurisprudence de la Cour de cassation, n° 2.2.4.

URLACHER (TH.)

note sous Cass.com., 26 mai 2009, Bull. Joly Sociétés 2009.

VAMPARYS (W.)

note sous Cass. com., 26 mai 2009, Bull. Joly Sociétés 2009, n° 11, p. 998.

VASSEUR (PH.)

obs. sous Cass. com. 6 mars 1978, D. 1979, p. 138.

VIANDIER (A.)

note sous CA Paris, 14 juin 1988, D. 1988, p. 505.

note sous Cass. com., 8 nov. 2011, Rev. sociétés 2012, p. 238.

obs. sous Cass. com., 23 juin 2004, JCP E 2004, p. 1774.

note sous Cass. crim. 22 juin 1988, JCP E 1989, II, 15517, n° 13.

VIANDIER (A.) et CAUSSAIN (J.-J.)

obs. sous Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 1999, JCP E 1999, p. 1421, n° 10.

note sous CA Paris, 27 février 1992, JCP E, 1992, I, p. 172, n° 5.

note sous Cass. com., 16 fév. 1988, JCP E 1988, I, 15177.

VIDAL (D.)

note sous CA Paris, 12 mai 1998, Dr. Sociétés 1999, n° 2.

obs. sous CA Orléans, 22 janv. 1998, Dr. sociétés 1998, n° 95.

note sous Cass. com., 3 juin 1998, Dr. sociétés 1998, n° 142.

note sous Cass, 3^e civ., 16 fév. 2000, Dr. sociétés 2000, n° 78.

ZATTARA-GROS (A.-F.)

note sous Cass. com., 7 janv. 2014, Gaz. Pal. 2014, n° 35, p. 15.

note sous Cass. com., 7 juill. 1980, Rev. sociétés 1981, 315.

VII. JURISPRUDENCE SANS NOTES

Cass. civ., 13 août, 1851, D. 1851, 1, 281.

CE, 2 janv. 1905, Cie départemental des eaux c/ Ville de Langers, Rec. 1906.

Cass. com., 9 févr. 1937, D. 1937, p. 73.

Cass. com., 28 janv. 1946, D. 1946, I, 168.

CE, 5 janv. 1951, Commune de Lesparrou, Rec. 3.

Cass. com., 9 juill. 1952, Bull. civ, III, n° 265.

Cass. com., 22 oct. 1956, JCP 1956, II, n° 9678.

Cass. com., 18 avr. 1961, Bull. civ., III, n° 175.

Cass. com., 13 févr. 1963, n° 69-62483, Bull. civ. 1963, n° 104.

Cass. com., 28 avr. 1964, n° 6965034, Bull. civ. IV, n° 215.

Cass. com., 7 nov. 1966, n° 64-11963, Bull. civ. III, n° 421.

Cass. com., 14 déc. 1966, Bull. civ. III, n° 482.

CE, 22 févr. 1967, n° 61123, Rec. Lebon, p. 87.

Cass. soc., 7 juin 1967, Bull. civ. IV, n° 378.

Cass. com., 11 oct. 1967, n° 65-13852, pub. n° 319.

Cass. com., 13 déc. 1967, Bull. civ. III, n° 416.

CA Paris, 11 juin 1969, D. 1969, p. 611.

CA Paris, 17 janv. 1972, JCP G 1972, II, 17283.

Cass. com., 19 avr. 1972, Bull. C. cass. ch. com., n° 112, p. 113, D. 1972, p. 538.

Cass. com., 19 avr. 1972, Bull. civ. IV, n° 115.

T. com. Nantes, 31 janv. 1974, Gaz. Pal. 1974, I, p. 433

TGI Paris, 7 mars 1974, JCP 1974, II, n° 18219.

Cass. civ., 25 avr. 1974, Gaz. Pal. 1974, p. 635.

CA Paris, 4^e ch., 5 juill. 1974, Bull. Joly Sociétés 1975, p. 661.

CA Paris, 17 avr. 1976, Rev. sociétés 1977, p. 69.

Cass. soc., 27 avr. 1977, Bull. civ. V, n° 274.

Cass. civ., 11 mai 1977, Bull. civ. II, n° 124.

Cass. com. 6 mars 1978, D. 1979, p. 138.

Cass., soc., 28 juin 1978, Bull. civ. V, n° 382.

Cass. com., 17 oct. 1978, Bull. civ. IV, n° 231.

Cass. soc., 29 avr. 1980, n° 79-11496, Bull. des arrêts C. cass. ch. soc. n° 383.

CA Riom, 5 mai 1980, Rev. sociétés 1981, n° 596, p. 606.

Cass. com., 7 juil. 1980, Rev. sociétés 1981, 315.

Cass. com., 27 oct. 1980, n° 79-10004, Bull. c. cass., ch. com., n° 346.

Cass. com., 4 mai 1981, Bull. civ. IV, n° 203.

Cass. soc., 11 févr. 1982, Bull. civ. V, n° 89.

Cass. soc. 4 mars 1982, Bull. civ., V, n° 146.

Paris, 15^e ch. B, 19 mars 1982, RTD com. 1982, 258.

Cass. com., 29 juin 1982, n° 80-14160, Bull. civ. IV, n° 258.

CA Paris, 2 nov. 1982, BRDA, 15 févr. 1983, p. 2.

Cass. com., 7 déc. 1982, Bull. civ. IV, n° 403, p. 336.

Cass. com., 25 oct. 1983, n° 82-13358, Bull. civ. IV, n° 274.

Cass. civ. 1^{re}, 17 janv. 1984, Bull. civ. I, n° 16.

Cass. com., 7 mars 1984, n° 82-12432, Bull. 1983, IV, n° 95.

CA Paris, 24 mai 1984, BRDA 1984, n° 15, p. 18.

Cass. Com., 16 oct. 1984, n° 82-16558, Bull. 1984, IV, n° 263.
 Cass. crim., 28 nov. 1984, Bull. crim., p. 992.
 CA Paris, 3e ch., sect. B, 6 déc. 1984, Bull. Joly Sociétés 1985, p. 322.
 Cass. com., 18 déc. 1984, n° 83-13074, Bull. civ. IV, n° 351.
 CE, 6 févr. 1985, n° 40309 et 50442.
 Cass. com., 22 janv. 1985, JCP 1986, II, 20591.
 CA Paris, 25 janv. 1985, RTD civ. 1996, p. 158.
 Cass. com., 16 juil. 1985, n° 82-10382, Bull. 1985, IV, n° 218, p. 180.
 Cass. com. 4 mars 1986, Bull. civ. IV, n° 42, p. 36.
 CA Paris, 25^e ch. sect. B, 10 avr. 1986, Bull. Joly Sociétés 1986, n° 6, p. 691.
 CJCE, 23 avr. 1986, aff. 294/83 : Rec. 1986, p. 1339.
 Cass. com., 3 juin 1986, Bull. 1986, IV, n° 115, p. 98.
 Cass. 1^{er} civ., 16 juil. 1986, D. 1987, p. 366.
 CA Paris, 15^e ch. A, 5 janv. 1987, BRDA 1987, n° 7, p. 12.
 Cass. com. 20 janv. 1987, n° 85-14035, Bull. 1987, IV, n° 20, p. 13.
 Cass. crim., 25 mai 1987, Bull. crim. 1987, n° 215.
 Cass. com., 16 févr. 1988, JCP E 1988, I, 15177.
 CA Paris, 1^{er} ch. A, 14 juin 1988, D. 1988, p. 505.
 Cass. crim. 22 juin 1988, JCP E 1989, II, 15517, n° 13.
 Cass. com., 11 oct. 1988, Bull. Joly Sociétés 1988, n° 300, p. 925.
 Cass. soc., 13 déc. 1988, juris. soc, U.I.M.M., 1989, p. 92.
 Cass. soc. 8 fév. 1989, Bull. civ. 1989, V, n° 103.
 Cass. crim., 13 fév. 1989, Rev. sociétés 1989, p. 692.
 Cass. com., 17 oct. 1989, n° 88-11424, Bull. 1989, IV, n° 253, p. 170.
 Cass. soc., 13 juin 1990, n° 86-45216, Bull. civ. V, n° 273.
 Cass. com. 17 juil. 1990, n° 89-11059, Bull. 1990, IV, n° 216, p. 148.
 Cass. com., 10 oct. 1990, n° 93-15619, Bull. 1990, IV, n° 216.
 Cass. com., 23 oct. 1990, Rev. sociétés 1991, p. 538.
 CA Paris, 14 mars 1991, Bull. Joly 1991, p. 500.
 T. com. Paris, 2^e ch., 9 avr. 1991 : BRDA 14/1991, p. 19.
 Cass. crim. 30 sep. 1991, n° 90-83965.
 Cass. 1^{re} civ., 9 oct. 1991, n° 98-18711.
 Cass. soc. 6 nov. 1991, n° 87-45741.
 TPICE, 17 déc. 1991, aff. 6/89, Rec. p. II-1623.

CA Paris, 27 févr. 1992, JCP E, 1992, I, p. 172.

Cass. com., 24 mars 1992, n° 90-12779, Bull. civ. 1992, IV, n° 127, p. 91.

CAA Lyon, 26 mai 1992, n° 90-102 et n° 90-110.

Cass. com., 2 juin 1992, Bull. Joly 1992, p. 946.

CA Paris, 1^{er} ch. sect. CBV, 8 juil. 1992, n° 92/1221.

Cass. soc., 9 juil. 1992, RJS 1992, n° 974.

Cass. com., 15 juil. 1992, n° 90-16409, Bull. 1992, IV, n° 278, p. 193.

T. com. Paris, 1^{er} déc. 1992, JCP E 1993, II, n° 384.

Cass. civ. 1^{re}, 13 janv. 1993, Bull. 1993, I, n° 5, p. 4.

Cass. crim., 15 mars 1993, n° 91-80598, Bull. crim., 1993, n° 112, p. 270.

CE, 26 mai 1993, n° 78.156, Bull. Joly Sociétés 1993, p. 563.

Cass. com., 1^{er} juin, 1993, n° 91-14740, Bull. 1993, IV, n° 214, p. 153.

CA Paris, 4 juin 1993, Dr. sociétés nov. 1993, comm. 210.

CE, 16 juin 1993, n° 70.466, Rev. sociétés 1993, p. 632.

Cass. soc., 22 juin 1993, n° 90-44.705, Bull. civ. V, n° 171.

Cass. com., 29 juin 1993, Bull. Joly Sociétés, 1993, n° 267, p. 914.

Cass. soc., 30 juin 1993, n° 90-20158, Bull. 1993, V, n° 190, p. 129.

Cass. soc., 1^{er} déc. 1993, n° 90-42962, Bull. 1993, V, n° 296, p. 201.

CA Paris, 7 déc. 1993, Rev. sociétés 1994, p. 106.

CA Versailles, 5^e ch., sec. A, 4 févr. 1994, Bull. Joly Sociétés, 1997, p. 553.

Cass. com., 15 mars 1994, n° 91-20334, Bull. 1991, IV, n° 100, p. 70.

CA Douai, 2^e ch. 7 juil. 1994, RJDA 1994, n° 1297.

CA Paris, 3 nov. 1994, RJDA, 4/95, n° 406.

Cass. com., 15 nov. 1994, RJDA 2/95, n° 159.

Cass. soc., 31 janv. 1995, n° 91-41965.

CA Paris 24 mars 1995, Dr. sociétés 1995, n° 150.

Cass. soc., 5 avr. 1995, RJS 1995, n° 5, com. 497.

CA Paris, 26 mai 1995, Dr. sociétés nov. 1995, comm. 224.

Cass. crim., 10 juil. 1995, n° 94-82665, Bull. crim. 1995, n° 253, p. 703.

CA Rouen, 22 nov. 1995, JCP E, 1997, II, n° 992.

Cass. soc., 24 janv. 1996, RJS 1996, n° 3, comm. 315.

Cass. crim. 6 févr. 1996, Bull. Joly 1996, p. 409, n° 144.

Cass. com., 12 mars 1996, n° 93-17813, Bull. 1996, IV, n° 86, p. 71.

Cass. com., 26 mars 1996, n° 93-21250, Bull. 1996, IV, n° 94, p. 79.
 Cass. soc., 16 avr. 1996, n° 93-15417, Bull. 1996, V, n° 163, p. 113.
 Cass. com., 4 juin 1996, n° 94-15987, Bull. 1996, IV, n° 161, p. 140.
 CA Versailles, 12^e ch. 3 oct. 1996, JCP E 1996, n° 1238, p. 11.
 CA Douai, 14 nov. 1996, JCP E, 1997, II, n° 925.
 Cons. conc., déc. n° 96-D-64, 20 nov. 1996.
 Cass. com., 4 févr. 1997, n° 94-15282.
 Cass. com., 18 févr. 1997, Rev. sociétés 1998, p. 324.
 Cass. 3^e civ., 19 févr. 1997, n° 95-14826, Juris-Data n° 1997-000741.
 Cass. com., 25 mars 1997, n° 95-12018, D. 1998, somm. 183.
 Cass. com., 1^{er} avr. 1997, n° 879, RJDA 5/97, n° 659.
 CA paris, 14 mai 1997, Rev. sociétés 1997, p. 827.
 CA Aix-en-Provence, 12 juin 1997, Bull. Joly Sociétés 1998, n° 5, p. 447.
 Cass. soc. 9 juil. 1997, n° 98-43713, RJS 12/97, n° 1340.
 CA Paris, 12 déc. 1997, RJDA 4/98, n° 435.
 CA Orléans, ch. com. éco. et fin., 22 janv. 1998, Dr. sociétés 1998, n° 95.
 Cass. soc. 3 mars 1998, Bull. civ., V, n° 116.
 Cass. crim., 2 avr. 1998, n° 2193, Bull. Joly Sociétés 1998, n° 9, p. 969.
 TPICE, 14 mai 1998, aff. 327/94, Rec. p. II-1373.
 Cass. com., 3 juin 1998, n° 96-13891, Bull. 1998, IV, n° 178, p. 146.
 Cass. 1^{ère} civ., 12 janv. 1999, n° 96-18274, JCP E 1999, p. 1421, n° 10.
 CA Paris, 19 févr. 1999, Bull. Joly 1999, p. 674.
 Cass. soc., 16 mars 1999, RJS 1999, n° 5, comm. 706.
 Cass. com., 23 mars 1999, n° 96-20555, Bull. 1999, IV, n° 69, p. 56.
 Cass. com., 15 juin 1999, n° 97-16439, Bull. 1999, IV, n° 127, p. 105.
 Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, Rec., p. 75.
 CJCE, 8 juil. 1999, aff. C-49/92 P, Rec. CJCE, I, p. 4125.
 Cass. 3^e civ., 16 févr. 2000, no 98-15148.
 CE, Sec. 31 mai 2000, n° 213161, rec., p. 194.
 Cons. conc., déc. n° 00-D-22, 16 juin 2000.
 Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86742, Bull. crim. 2000, n° 237, p. 702.
 Cass. crim., 6 sep. 2000, Bull. Joly Soc. 2000, n° 19, p. 61.
 Cass. 3^e civ. 24 janv. 2001, n° 99-12841, Bull. 2001, III, n° 10, p. 9.

CE, 16 mars 2001, RJF 6/01, n° 804.

Cass. crim., 26 juin 2001, n° 00-83466, Bull. crim. 2001, n° 161, p. 504.

Cass. com., 17 juil. 2001, n° 98-15382, Bull. 2001, IV, n° 139, p. 134.

Cass. 2^e civ., 12 juil. 2001, JCP E 2003, n° 281.

CA Paris, 3^e ch. 21 sep. 2001, n° 01-7363, RJDA 2002, n° 48, p. 35.

Cass. com., 16 oct. 2001, n° 98-15501.

Cass. com., 20 nov. 2001, JCP E 2002, n° 27, p. 1146.

Cass. com., 29 janv. 2002, n° 98-20882, BRDA 2002, n° 7, p. 5.

Cass. crim., 10 avr. 2002, n° 01-81282, Bull. crim., 2002, n° 86, p. 305.

Cass. soc., 15 mai 2002, n° 00-41528, JSL 2002, n° 108, p. 23.

Cass. com., 4 juin 2002, n° 98-23280, RTD com. 2003, 114.

Cons. conc., déc. n° 02-D-36, 14 juin 2002, Rec. Lamy n° 894.

Cass. crim., 18 sep. 2002, n° 02-81892, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 63.

Cass. com., 29 oct. 2002, n° 1720 F-D, RJDA 3/03, n° 263.

CE, 6 nov. 2002, n° 221032, RFJ 1/03, n° 18.

Cass. civ. 1^{re}, 19 nov. 2002, Bull. 2002, I, n° 271, p. 211.

Cons. conc., déc. n° 03-D-01, 14 janv. 2003, BOCC 8 oct. 2003.

Cass. com., 21 janv. 2003, n° 97-13027, Bull. 2003, IV, n° 9, p. 10.

Cass. com., 28 janv. 2003, n° 01-00528, Bull. civ. 2003, IV, n° 12, p. 14.

Cass. soc., 29 janv. 2003, n° 02-60628.

Cons. conc., déc. n° 03-D-12, 3 mars 2003, BOCC 16 juin 2003.

T. com. Nanterre, 3^e sect., 18 mars 2003.

Cass. crim. 2 avr. 2003, n° 02-82674, Bull. crim. 2003, n° 83, p. 326.

Cass. 3^e civ, 30 avr. 2003, Bull. Joly Sociétés 2003, p. 913

Cass. civ. 1^{re}, 6 mai 2003, n° 00-20.976, AJ fam. 2003. 272.

Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-12567, Bull. 2003, IV, n° 70, p. 79.

Cass. com., 20 mai 2003, n° 99-17092, Bull. 2003, IV, n° 84, p. 94.

Cass. com., 3 juin 2003, n° 99-18707, Bull. 2003, IV, n° 92, p. 102.

Cass. soc., 17 sep. 2003, n° 01-43687, Bull. 2003, V, n° 232, p. 241.

Cass. crim., 14 oct. 2003, n° 02-86376, Bull. crim. 2003, n° 189, p. 778.

Cass. com., 13 nov. 2003, Bull. 2003, IV, n° 171, p. 188.

Cass. com., 21 janv. 2004, n° 00-14549, RJDA 6/04, n° 712.

Cass. com., 4 févr. 2004, Bull. Joly Sociétés, 2004, n° 126, p. 649.

Cass. com., 18 févr. 2004, n° 02-11453, Bull. 2004, IV, n° 39, p. 36.
 Cass. crim. 7 avr. 2004, n° 02-88395, RJDA 2004, 10/04, n° 1118 .
 CA Poitiers, 2^e ch. civ., 13 avr. 2004, D. sociétés 2005, n° 3.
 Cass. com., 23 juin 2004, n° 02-10066, Bull. civ. 2004, IV, n° 132, p. 134 .
 Cass. com., 23 juin 2004, JCP E 2004, p. 1774.
 CA Rouen, 6 juil. 2004, n° 02-3307, RJDA 2/05, n° 146.
 Cass. com., 7 juill. 2004, n° 02-17729.
 Cass. 2^e civ., 8 juil. 2004, Bull. 2004, II, n° 399.
 Cass. com., 12 juil. 2004, n° 03-12672, Bull. 2004, IV, n° 161, p. 174.
 Cons. conc., déc. n° 04-D-43, 8 sept. 2004, BOCC 9 déc. 2004 .
 Cass. 1^{re} civ, 28 sep. 2004, n°03-10810, Bull. civ. 2004, I, n° 214 p. 180.
 CA Paris, 4^e ch., A, 13 oct. 2004, n° 04-7508, RJDA 3/05, n° 266.
 CA Orléans, 18 nov. 2004, n° 03-3103, RJDA 2005, n° 145.
 Cass. 1^{er} civ., 16 nov. 2004, n° 02-21615, Bull. Joly Sociétés 2005, p. 370.
 Cass. com., 30 nov. 2004, Bull Joly Sociétés 2005, p. 241.
 Cass. com., 11 janv. 2005, n° 02-14118.
 Cass. soc., 11 janv. 2005, n° 02-45608, Bull. 2005, V, n° 2, p. 1.
 CA Versailles, 12^e ch., sec. 2, 27 janv. 2005, n° 03-4697, Juris-Data n° 2005-266312.
 Cass. com., 15 mars 2005, n° 03-13032, Bull. 2005, IV, n° 64, p. 68.
 Cons. conc., déc. n° 05-D-17, 27 mars 2005, BOCC 28 oct. 2005.
 Cass. soc. 30 mars 2005, n° 02-47380.
 Cass. civ., 1^{er}, 5 avr. 2005, n° 03-15.217.
 CA Paris, 13 mai 2005, Bull. Joly Sociétés, 2005, n° 296, p. 1363.
 Cass. soc., 17 mai 2005, n° 03-13582, Bull. 2005, V, n° 164, p. 141.
 Cass. com., 28 juin 2005, n° 03-13112, Bull. civ. 2005, IV, n° 146, p. 156.
 Cass. 1^{er} civ., 12 juil. 2005, n° 03-19321, Bull. civ. 2005, I, n° 323, p. 267.
 Cass. 3^e civ., 12 juil. 2005, Bull. Joly Sociétés 2006, n° 46, p. 231.
 Cons. conc., déc. n° 05-D-47, 28 juil. 2005, BOCC 14 mars 2006.
 Cass. com., 27 sep. 2005, n° 04-11183, Dr. sociétés 2006.
 CA Paris, 20 oct. 2005, BJDA, n° 282.
 Cass. com., 8 nov. 2005, n° 01-12896, Bull. 2005, IV, n° 218, p. 234.
 Cass. com., 8 nov. 2005, n° 02-18449, Bull. civ. IV, n° 219.
 Cass. com., 6 déc. 2005, RTD com. 2006. 128.
 CJCE, 13 déc. 2005, aff. Sevic Système AG, C-411/03, JCP

Cass., Com., 13 déc. 2005, n°03-16878, Bull. 2005, IV, n° 255, p. 283.
 Cass. com., 13 déc. 2005, n° 04-11020, Bull. Joly Sociétés 2006.
 CA Paris, 3^e ch. 9 févr. 2006, n° 05/03072, Bull. Joly 2006, n° 6, comm. 160.
 Cass. com., 28 févr. 2006, n° 05-12138, Bull. civ. 2006, IV, n° 49, p. 49.
 Cons. conc., déc. n° 06-D-03 bis, 9 mars 2006, BOCC 2006, p. 12.
 Cass. crim., 14 mars 2006, n° 05-85889, Bull. crim. 2006, n° 75.
 TA Paris, 1^{er} ch., 1^{er} sec., 15 mars 2006, n° 9912123/1
 Cons. conc. déc. n° 06-D-07 bis, 21 mars 2006 : BOCC 26 janv. 2007.
 Cass. 3^e civ. 17 mai 2006, n° 05-10936, Bull. civ. 2006, III, n° 130, p. 108.
 Cass. com., 6 juin 2006, D. 2006, p. 1685.
 Cass. com., 7 juin 2006, n° 05-11384, Bull. 2006, IV, n° 140, p. 149.
 CA Paris, 14^e ch. A, 21 nov. 2006, n° 06-315724.
 Cons. Cons., 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, AJDA 2007. 192.
 Cass. com., 19 déc. 2006, n° 05-17802, Bull. 2006, IV, n° 268, p. 292.
 Cass. com. 23 janv. 2007, 05-16460 : RJDA 2007, n° 361.
 Cass. com., 3 avr. 2007, RJDA, 2007/7, n° 734.
 Cass. com., 3 mai 2007, Juris-Data n° 2007-038654.
 Cass. com., 15 mai 2007, n° 06-13484, Bull. Joly Sociétés 2007, n° 294, p. 1075.
 CAA Paris, 18 juin 2007, req. n° 06PA01941.
 CA Rennes, 2^e ch. com. 19 juin 2007, n° 04/06898.
 Cass. com., 10 juil. 2007, n° 05-14358, Bull. 2007, IV, n° 192.
 Cass. crim., 19 sep. 2007, n° 06-85899, Bull. crim., 2007, n° 215.
 Cass. com. 13 nov. 2007, n° 06-15826, JCP E 2008, n° 3.
 Cass. 3^e civ., 16 janv. 2008, Dr. sociétés 2008, n° 92
 CAA Lyon, 4^e ch., 9 mai 2008, n° 05LY00437.
 Cass. Ass. plén. 9 mai 2008, n° 06-85751, Bull. crim. 2008, Ass. plén., n° 1.
 Cass. com., 20 mai 2008, n° 07-13202, Bull. 2008, IV, n° 104.
 Cass. 2^e civ., 22 mai, 2008, n° 07-16855 (n° 820 FSP).
 Cass. com. 27 mai 2008, n° 07-11428, Bull. 2008, IV, n° 109.
 Cass. com., 3 juin 2008, n° 07-11785, Bull. Joly Sociétés 2008, n° 189, p. 883.
 CA Paris, 3^e ch. sec. A, 23 sep. 2008, n° 07/04849, JurisData 2008, n° 374378.
 Cass. com., 7 oct. 2008, RTD com., 2009.
 Cass. com., 21 oct. 2008, n° 07-19102, Bull. 2008, IV, n° 174.
 Cass. com., 9 déc. 2008, n° 07-15977, Bull. Joly Sociétés 2009, p. 399.

Cass. com., 17 févr. 2009, n° 07-16558, Bull. civ. 2009, IV, n° 23.
 Cass. com., 9 mars 2009, n° 08-21547, Bull. Joly Sociétés 2010, n° 109, p. 537.
 CA Paris, 3^e ch. sect. B, 26 mars 2009, n° 07/04287.
 Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691, Bull. 2009, IV, n° 71.
 Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-16417, Bull. Joly Sociétés 2009.
 Cass. com., 30 juin 2009, n° 08-10719, Bull. Joly sociétés 2009.
 Cass. crim., 9 sep. 2009, n° 08-87312.
 Cass. com., 24 nov. 2009, n° 08-16428.
 Cass. crim., 9 mars 2010, n° 09-82823, D. 2010, p. 2135.
 Cass. com., 7 avr. 2010, n° 09-65899, Bull. 2010, IV, n° 72.
 TGI Nanterre, 18 mai 2010, RG n° 07/ 14173.
 Cass. com., 6 juil. 2010, n° 09-68778, Bull. 2010, IV, n° 119.
 Cass. com., 26 oct. 2010, n° 09-71404, Bull. 2010, IV, n° 161.
 Cass. soc., 26 oct. 2010, n° 09-67760, Bull. civ. 2010, V, n° 247.
 CA Paris, 5^e pôle, 8^e ch., 16 nov. 2010, n° 08-16014, BRDA : n° 6/11.
 CE, 26 janv. 2011, n° 312470, 8^e et 3^e s.-s., SA PPR.
 Cass. com., 24 mai 2011, n° 10-19222, Bull. 2011, IV, n° 81.
 CA Rouen, ch. civ. et com., 9 juin 2011, n° 10/05530.
 Cass. crim., 20 juil. 2011, n° 10-87348, RJDA 2012, n° 135.
 Cass. com., 13 sep. 2011, n° 10-21370.
 Cass. com., 20 sep. 2011, n° 10-15068, Bull. 2011, IV, n° 135.
 CA Versailles, 12^e ch. sec. 2, 22 septembre 2011, n° 10/ 04401.
 Cass. com., 8 nov. 2011, n° 07-11785, Rev. sociétés 2012, p. 238.
 Cass. com., 13 déc. 2011, n° 11-10699, Bull. 2011, IV, n° 210.
 Cass. com., 31 janv. 2012, n° 10-24715, Bull. 2012, IV, n° 12.
 Cass. 1^{er} civ., 9 févr. 2012, n° 09-69594, Dr. sociétés 2012, n° 63.
 Cass. com., 11 sep. 2012, n° 11-11141, Bull. 2012, IV, n° 160.
 Cass. 3^e civ., 12 sep. 2012, n° 11-17948, Bull. 2012, III, n° 121.
 Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-27666, Bull. 2013, IV, n° 25.
 Cass. com., 7 janv. 2014, n° 12-20204, Bull. 2014, IV, n° 1.
 Cass. com., 16 sep. 2014, n° 13-17779, D. 2014, p. 1873.

BIBLIOGRAPHIE EN LANGUE ARABE :

I. MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ABDULHAMEED (R.)

Le traité du Code des sociétés du secteur public, 1^{er} éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1998.

ABDULLAH (I.)

Vers un nouveau système économique mondial, éd. Le comité égyptien du livre, Egypte, 1977.

ABDULSABOUR (F.)

Les effets juridiques de la nationalisation, 2^e éd. Le monde du livre, Egypte, 1967.

AHMED (A.)

Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 2003.

ALAKEELY (A.)

Les sociétés commerciales, éd. La maison de la culture, Jordanie, 2007.

ALAREENI (M.-F.)

Les sociétés commerciales : le projet commercial collectif, éd. La nouvelle univ., Egypte, 1990.

ALAREENI (M.-F.), ALFAQUI (M.)

Le droit commercial, éd. Alhalabi, Liban, 2003.

ALBAROUDI, (A.)

Les principes du droit commercial, L'établissement de connaissance, Egypte, 1975.

ALBAYAT (M.) et ABO-AL-IYAL (A.)

Les obligations, éd. Université de Damas, 2010.

ALBORA'AI (A.) et ALBORA'AI (R.)

Le précis en droit social, th. 2, Le contrat du travail individuel selon la loi n° du 2003, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, t. 2, 2009.

ALCHARKAWY (M.)

Les sociétés commerciales en droit égyptien, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 1986.

ALCHAZLY (F.)

La responsabilité pénale, 2^e tome, La Presse universitaire, Egypte, 2006.

ALHADIDI (Y.)

Le régime juridique de la concession commerciale, La maison de la pensée arabe, Egypte,

2008.

ALHAKIM (J.)

Les sociétés commerciales, 4^e éd. Univ. Damas, 2006.

ALHUSSAN (I.)

L'administration de la société anonyme, éd. Alrozna, Jordanie, 2007.

ALKALYOUBI (S.)

Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2011.

ALMAHI (H.)

Les sociétés commerciales, 2^e éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2001.

ALMAHJOUB (A.)

L'économie politique, t. I, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1977.

ALRAZZA (M.)

Le droit fiscal égyptien, éd. La maison de la renaissance, Egypte, 2009.

ALSAID (M.)

Les sociétés multinationales, éd. Le comité égyptien du livre, Egypte, 1978.

ALSANHOURI (A.)

Le traité de droit civil, 3^e éd., Alhalabi, volume 7, tome 1, Liban, 2000.

ALTAMAOUÏ (S.)

Les principes généraux des contrats administratifs, La maison de la pensée arabe, Egypte, 2011.

ALWAKIL (M.)

Le rôle de la juridiction administrative et constitutionnelle dans l'établissement de la société civile, 1^{er} éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2009.

ANTAKI (R.) et ALSEBAAÏ (N.)

Encyclopédie de droit commercial – Les sociétés commerciales, éd. Université de Damas, 1988.

AWED (A.)

Le précis en droit de travail, éd. La maison de la pensée universitaire, Egypte, 2001.

CHAFIK (M.)

- *Le droit commercial égyptien*, tome I, 3^e éd. La maison de la nouvelle renaissance, Egypte, 1985.
- *Le manuel en droit commercial*, tome 1, 3^e éd. La maison de la renaissance, Egypte, 1957.

- *Le projet multinational du point de vue juridique*, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2006.

EID (I.)

Les sociétés commerciales, éd. Alnajwa, Liban, 1970.

ESSEH (H.)

Les sociétés multinationales, L'établissement arabe pour étude et édition, Liban, 1990.

FAHEEM (M.)

La transformation des sociétés, 2^e éd. La maison des connaissances, Egypte, 1986.

FAR'OUN (H.)

Le droit commercial, tome I, éd. Université d'Alep, 2008.

HACHICH (A.)

Le droit fiscal égyptien, éd. La maison de la nouvelle université, Egypte, 2009.

HUSNY (A.)

La jurisprudence de la Cour de cassation en matière commerciale, 1^{er} éd. La maison des connaissances, Egypte, 2003.

MALECH (M.-K.)

Les sociétés commerciales, éd. Kasid Khir, Egypte, 1980.

MAWAFI (Y.)

La personne morale et sa responsabilité juridique, L'établissement de la connaissance, 1^{er} éd. Egypte, 1998.

MOHAMADÉN (J.) et DWIDAR (H.)

Les principes du droit commercial, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1992.

MUAWED (N.)

Les sociétés commerciales, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2001.

NAJJAR (I.), BADAoui (A. Z.) et CHELLALAH (Y.)

Nouveau dictionnaire juridique, Librairie du Liban, 2006.

NASSAR (J.)

Les contrats administratifs, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2005.

RADWAN (A.)

Les sociétés commerciales en droit koweïtien comparé, La maison de la pensée arabe, Egypte, 1978.

RADWAN (A.) et EISSAH (H.)

Les sociétés anonymes et le secteur public, éd. La maison de la pensée arabe, Egypte, 1986.

SALEH (B.) et ALGHAZAWI (A.)

Les sociétés commerciales, éd. Université Alkawel, Iraq, 1989.

SALEH (F.)

Les obligations, éd. Université de Damas, 2012.

SIWAR (M.)

La théorie générale des obligations, 10^e éd. Université de Damas, 2004.

TAHA (M.-M.)

Les sociétés de capitaux, L'établissement culturel universitaire, Egypte, 1982.

Le droit commercial - Les sociétés de capitaux, éd. La maison de la culture univ., Egypte, 1998.

Le précis en droit commercial, éd. L'établissement des savoirs, Egypte, 1974.

YAMELKI (A.)

Les sociétés (étude comparative), 2^e éd. La maison de la culture, La Jordanie, 2010.

YONIS (A.)

Les sociétés commerciales, éd. La maison de la pensée arabe, Egypte, 1998.

II. THÈSES, MÉMOIRES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

ALAZMY (K.)

Les effets juridiques de la fusion des sociétés sur les droits des associés et actionnaires, Thèse, Université du Caire, Egypte, 2004.

ALCHAWABKEH (M.)

Les effets de fusion des sociétés anonymes sur les actionnaires et les créanciers, Thèse, Université Ain Shams, Egypte, 2009.

ALFAYOUMI (L.-Y.)

Les effets de la fusion des sociétés anonymes, éd. Alhalabi, 1^{er} éd. Liban, 2009.

ALHELSSAH (I.)

Les obligations du mandataire envers le mandant dans le contrat de mandat, Mémoire, Univ. Jordanie, 1994.

ALMA'AMORY (A.)

La fusion des sociétés multinationales, éd. La maison des livres juridiques, Egypte, 2010.

ALMAHASNEH (A.)

La responsabilité civile des membres du conseil d'administration de la société anonyme en droit jordanien, Mémoire, Univ. Mutah, Jordanie, 2004.

ALMASRI (H.)

La fusion et scission des sociétés, éd. La maison des livres juridiques, Egypte, 2007.

ALSAGHIR (H.)

Le régime juridique de fusion des sociétés, éd. La maison de la pensée univ. Egypte, 2004.

AMINE (M.)

Les principes généraux des droits et obligations du contractant dans l'exécution du contrat administratif, Thèse, Université Ain Shams, Egypte, 1983.

ARIANI (M.-S.)

La fusion des sociétés comme phénomène rénové, 1^{er} éd. La maison de la pensée universitaire, Egypte, 2012.

AZMI (M.)

Les relations des clients et fournisseurs avec le projet, éd. Al ma'aref, Egypte, 1978.

BASBOUS (F.-I.)

La fusion des sociétés anonymes publiques, éd. La maison de la culture, 1^{er} éd. La Jordanie, 2010.

ISMAEL (M.)

Les concentrations économiques et leur rôle dans le commerce international, Master 1 Marketing Université de Damas.

KHALIL (H.)

Les actions en responsabilité contre les membres du conseil d'administration de la société anonyme publique, Mémoire, Université Middle East, Jordanie, 2011.

MAHREZ (A.)

La fusion des sociétés du point de vue juridique, éd. La maison de la renaissance arabe, Egypte, 1998.

RAMADAN (I.)

La protection de l'actionnaire dans la société anonyme, La maison du livre juridique, Egypte, 2008.

SALEH (Y.)

Le régime juridique du conseil d'administration de la société anonyme, Mémoire, Univ. Jordanie, 2001.

SAOUDI (M.)

Le changement de forme juridique des sociétés à responsabilité limitée, 2^e éd. La maison du registre arabe, Egypte, 2000.

SASSAN (R.)

Le contrat de franchise, La maison de la renaissance arabe, Egypte, 2013.

III. ARTICLES DE REVUES

AL-LASAMEH (A.) et ALAOUFI (B.)

La responsabilité des membres du conseil d'administration, Rev. Université de Damas, 2009, p. 352.

ALATTOUR (R.)

La responsabilité pénale de la personne morale, Rev. Université de Damas, 2006, p. 343.

ALCHARBINI (I.)

Le régime juridique des entreprises créées sous le Code de travail n° 137 du 1981, Rev. Egypte contemporain, 1983, n° 393.

FADILA (A.)

Le mécanisme de calcul de la taxe sur la valeur ajoutée et la difficulté de son application en Syrie, Rev. Univ. Damas, sciences économiques et juridiques, 2001, p. 166.

HADDAD (I.)

L'action paulienne, Encyclopédie arabe, 2012, p. 275.

IBRAHIM (G.)

Représentation syndicale et transition libérale en Egypte, Rev. Egypte monde arabe, 199, n° 33.

ISMAEL (M.)

La fusion en droit des sociétés jordanien, Rev. Univ. Mo'atah, La Jordanie, 1986, p. 45.

SARKHOU (Y.)

Le cadre juridique de la fusion des banques koweïtiennes, Rev. Droit, Koweït, 1993, p. 78.

IV. COURS, COLLOQUES ET RESSOURCES ELECTRONIQUES

ABDULLAH (A.)

Le mandataire peut-il mandater un sous-mandataire dans l'exécution du mandat ?, Alqabas, 25 déc. 2013, www.alqabas.com.kw.

ABDULRAHIM (T.)

Cours en droit commercial, Université de Koweït, 1974, p. 43.

ABO RAS (M.)

Les contrats administratifs, 2013, p. 17.

ALDEEN (S.-N.)

La fusion des sociétés, 2006, www.4uarab.com.

ALTHAWRA

La transformation des sociétés syriennes, thawra.sy.

ALKHATIB (M.)

Les contrats intuitu personae, 14 juill. 2013, www.lawsyria.net.

ALNAHAL (S.)

La différence entre la TVA et la taxe sur la consommation, 2011, www.sana.sy.

ALTWACHY (I.), MANSOUR (M.-F.)

Les sociétés familiales : un point faible, un point fort, 12 nov. 2010.

AMAWI (M.)

- *La fusion des sociétés*, 2008, www.amawi.info.
- *La liquidation des sociétés de personnes*, 5 déc. 2014, www.amawi.info.
- *La transformation des sociétés*, août 2011, www.amawi.info.

AMGHERIR (A.)

Les problèmes concernant l'immatriculation au Registre de commerce, Le tribunal de commerce de Marrakech, 2006, p. 34.

AOUSSI (A.)

Les entreprises publiques de construction en Syrie entre la marginalisation et la consolidation, 24 déc. 2014, p. 2.

BATTEH (M.)

L'entreprise unipersonnelle en droit syrien, 2011, www.legalcenter.com.

GHAZAL (M.)

Les droits réels accessoires, Université virtuelle syrienne, 2009, 4.

JAJAN (A.)

Aperçu du droit des sociétés, conférence à propos du nouveau Code des sociétés, faculté de droit, Idleb, 27 mai 2008.

KOUMANI (L.-G.)

Les sociétés commerciales, 2007, alsarab-law.own.com.

RKIBAT (K.)

La fusion des sociétés, 2011.

SALA (M.)

Les nouvelles dispositions dans le Code des sociétés, 2011, syria-stocks.com.

V. JURISPRUDENCE SANS NOTES

- Cass. com., sy., 15 sep. 1957, n° 302, Rev. Avocats 1957, p. 545.
- Cass. com., sy., 30 mai 1959, n° 226, Rev. Avocats, 1959, p. 394.
- Cass. com., sy., 20 avr. 1964, Rev. Avocats, 1964, n° 30, p. 13.
- CA Le Caire, 30 avr. 1970, n° 1482.
- Cass. com., égy., 21 mai 1970, n° 16.
- Cass. com., égy. 18 déc. 1973, n° 113, Bull. n° 24, p. 1280.
- Cass. civ., sy., 22 mars 1974, n° 925/1327, Rev. Avocats 1974, n° 6.
- Cass. com., égy., 13 avr. 1974, n° 151.
- Cass. com., égy. 12 mai 1974, n° 288, Bull. n° 25, p. 859.
- Cass. com., égy., 19 avr. 1976, n° 679, Bull. n° 27, p. 977.
- Cass. com., égy., 20 janv. 1979, n° 0029.
- Cass. com., égy., 23 mars 1981, n° 386.
- Cass. com., égy., 29 mars 1982, n° 626.
- Cass. com., égy., 12 déc. 1983, n° 293.
- Cass. com., égy., 14 mai 1984, n° 972.
- Cass. com., égy., 14, juin, 1987, n° 1881.
- Cass. com., égy., 7 mai 1990, n° 2193.
- Cass. com., égy., 28 oct. 2001, n° 2445/2001.
- Cass. com., égy., 12 nov. 2002, n° 565.
- Cass. com., égy., 28 juin 2004, n° 246/2004.
- Cass. civ., sy., 1^{er} nov. 2007, n° 189/229, Rev. Avocats 2008, n° 7.
- Cass. civ., sy., 30 avr. 2008, n° 240/260, Rev. Avocats, 2008, n° 9.

INDEX ALPHAPÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes)

A

Absorption

- De la société caution, 360 et s.
- De la société créancière, 336, 381
- De la société débitrice, 377 et s., 516

Abus de biens sociaux, 439 et s., 444

Abus de majorité, 259 et s., 298 et s.

Accident du travail, 490, 493

Acte anormal de gestion, 58

Actif immobilisé, 550, 576

Actif net négatif, 398 et s., 566 et s.

Actif net positif, 397

Action en nullité, 266 et s., 299

Action publique, 439, 445

Actions

- A dividende prioritaire sans droit de vote, 470 et s.
- A droit de vote double, 467 et s., 484 et s.
- De préférence, 400, 464 et s., 481 et s.

Actionnaires majoritaires, 260, 399

Actionnaires minoritaires, 116, 151, 177, 205, 212, 214, 257

Agrément

- Associés, 116, 241
- Clause, 221, 240 et s., 364
- Fiscal, 577

- La société absorbée, 242

- Ministériel, 562

AMF, 134, 146, 148 et s., 188, 209, 317, 468

Amortissement des biens, 561

Ancienneté

- Actionnaire, 467
- Travail, 490

Annulation des titres, 233, 568

Apport partiel d'actif

- Définition, 48
- Scission, 49

Apport en nature, 85, 210, 459, 477

Approbation de la fusion

- SA, 225, 235
- SARL, 228, 237
- Société absorbante, 229 et s.
- Société absorbée, 224 et s.
- Société nouvelle, 234 et s.

Assemblée générale extraordinaire

- Approbation, 192, 225, 227, 240, 285 et s., 478
- Compétence, 464, 541
- Convocation, 225
- Délibération, 229 et s.
- Majorité, 216, 229, 238, 288
- Quorum, 228, 238, 288

Assemblée spéciale

- Certificats d'investissement, 233

- Compétence, 232, 291
- Porteurs d'actions, 464 et s., 471, 483
- Réunion, 231, 290

Associés

- Personne physique, 568.
- Personne morale, 569

Augmentation

- Capital, 241, 250, 393, 396 et s.
- Engagement des associés, 91, 114 et s., 142, 228, 297

Autorisation

- Contractant, 353 et s.
- Administration, 357

Autorité des marchés financiers, v. AMF

Avantages particuliers, 157, 174, 290, 400

B

Bail commercial

- Formalité, 345
- Transmission, 346, 383

BALO, 196, 249, 251, 514, 522

BODACC, 195, 249, 516

Boni de fusion, 396, 496, 510

Branche d'activité, 84, 193, 590

Brevets, 190, 352, 355

C

Capital

- Augmentation de, v. Augmentation
- Coup d'accordéon, 400

- Opérations sur le –, 257
- Rachat d'actions, 156, 214, 233, 245, 457

Caractère conventionnel, 14

Carry-back, 360

Caution, 312, 360 et s., 378, 393, 510

Cautionnement

- Définition, 359
- Obligation de couverture, 360, 361
- Obligation de règlement, 360, 378
- Société créancière, 362, 379
- Société débitrice, 378, 381
- Société tierce, 363
- Sous cautionnement 380

Certificats d'investissement, 192, 223, 231, 234, 527

Cession

- des biens, 326, 549, 561
- de contrat, 355, 357
- Entreprise, 575
- Fonds de commerce, 328
- des titres, 240, 568

CFNOB, 460

Choix du régime fiscal, 544 et s.

Clause d'agrément, v. Agrément

Clause de rétroactivité, v. Rétroactivité

CMFS, 166, 168

COB, v. AMF

Comité d'entreprise

- Consultation, 193, 489
- Information, 193, 499

Commissaire aux apports, 212 et s., 224, 235, 527

Commissaire à la fusion

- Désignation, 131, 199 et s.
- Incompatibilité, 200
- Mission, 205 et s.
- Rapports, 156, 202, 208 et s.
- Responsabilité, 211

Commissaire aux comptes, 200, 208, 279, 296

CNCC, 148

Comptabilité

- Fusion, 218, 385
- Société de -, 179, 291, 312, 563

Concentration, 3, 7 et s., 29, 43, 67, 103, 167, 344

Concurrence, 43, 376 et s.

Conditions de fond, 98 et s.

Conditions de forme, 169 et s.

Confusion de patrimoine, 51 et s., 60, 80

Conseil d'administration, 190, 275, 419, 462

Conseil de surveillance, 237, 422

Contrôle de la fusion, 174 et s., 277 et s.

Contrat administratif, 356 et s.

Contrats de travail

- A durée déterminée, 490
- A durée indéterminée, 490
- Transfert, 489 et s.

Contrats intuitu personae, 351 et s.

Convention collective, 495 et s.

Conversion, 464, 471, 541

Coup d'accordéon, 400

Créanciers

- Obligataires, 519 et s., 537 et s.
- Ordinaires, 509 et s., 531 et s.
- Opposition, 512 et s., 534

- Remboursement, 517 et s.

D

Date

- D'effet, 308 et s.
- De réalisation, 313, 389

Décision de fusion

- Nullité de délibération, 245, 499
- Publicité, 246 et s., 393 et s.

Déclaration de conformité, 245, 252, 258

Délégation de pouvoir, 434, 441

Déficits, 562

Délégués du personnel, 193, 499

Directive européenne, v. Fusions transfrontalières

Dirigeants

- Actes accomplis, 430 et s.
- Augmentation de nombre, 421 et s.
- Mandataire, 427
- Responsabilité, 435 et s.

Dissolution-confusion, v. Confusion de patrimoine

Dissolution sans liquidation, 333 et s., 373, 388

Distribution, 273, 351, 355, 405, 475, 555

Droit de vote, 221, 225, 231, 467 et s., 484

Droit fixe, 545, 564, 580

Droit d'opposition, v. Créanciers

Droits d'enregistrement, 564 et s., 580 et s.

Droits particuliers, 465, 561 et s.

E

Echange

- Droits sociaux, 401, 451 et s.
- Parité, 154 et s., 205, 214, 314, 397, 476

Effectif, 420, 501

Effet différé, 313

Effet rétroactif, 53, 267, 312, 322, 422, 549

Effets de la nullité, 265 et s.

Emission de titres, 160, 282

Enregistrement, v. Droit d'enregistrement

Etat de suivi, 561

Evaluation des sociétés

- Conditions, 147
- Conséquences, 153 et s.
- Contenu, 149
- Critères de choix (méthodes), 150 et s., 166

Exonération, 441, 550, 553, 567, 572 et s.

F

Faute de gestion, 437, 443

Filiale à 100 %, 194, 282 et s.

Filiale à 90 %, 214

Fiscalité, 569

Fonds de commerce, 328, 345, 561

Formalités, 49, 71, 108, 182, 220, 246, 252, 325 et s., 344

Forme, v. Conditions

Fusion

- Assemblée générale extraordinaire, v. Assemblée générale extraordinaire
- Assemblée spéciale, v. Assemblée spéciale
- Autorisée, 131 et s.
- Conditions, v. Conditions
- Définition, 5
- Interdite, 134 et s.
- Les formes, 29
- Nullité, 254 et s., 295 et s.
- Opposabilité, 325 et s.
- Procédures, 173 et s., 186, 270
- Régime fiscal, 545
- Société en liquidation, 136 et s., 143
- Traité de -, 174, 196, 206, 264, 270 et s.

Fusion-absorption, 30 et s., 85 et s.

Fusion-allotissement, 159

Fusion-renonciation, 159, 406, 452

Fusion par création de société nouvelle, 35 et s., 251 et s.

Fusion rapide, 55 et s.

Fusion simplifiée, 61 et s., 94, 195, 213, 227

Fusions transfrontalières

- Approbation, 216
- Champ d'application, 16, 42
- Expert indépendant, 180 et s.
- Fusion-absorption, 39
- Fusion par création de société nouvelle, 39
- Fusion simplifiée, 61

- Projet de fusion, 172 et s.
- Soulte en espèces, 174
- Transposition, 40

G

GIE, 133

Grefe du tribunal, 53, 61, 191, 199, 212, 250

Groupe de sociétés, 13, 150, 151, 212, 454

H

Holding, 10, 48, 55 et s., 84

I

Immeuble, 327, 331, 361, 554, 563

Imposition de la société absorbante, 557 et s.,

Imposition de la société absorbée, 547 et s.

Impôt de distribution, 555 et s.

Impôt sur les sociétés, 60, 548, 558, 574

Intérêt social, 58, 260, 261, 298, 433

Intérêt des associés, 433

Intervention

- Commissaire à la fusion, 60, 261 et s.
- Législateur, 15, 85, 121, 167
- Sociétés, 14, 376

Interdiction, 110, 141, 401

Inversion du sens de la fusion, 399

J

Journal d'annonces légales, 195, 233, 248, 522, 526

L

LBO, 55

Lettre recommandée, 540

Licenciements, 491

Liquidation amiable, 239, 339

Liquidation judiciaire, 340

M

Maladie professionnelle, 493

Mali de fusion, 406, 569

Marque, 12, 189, 327, 331, 351

Masse des obligataires, 523, 525, 538, 539

Mécanisme institutionnel, 15

Mesures de protection, 525

N

Négociations, 14, 61, 164, 231, 249, 522

Neutre (opération), 553

Non concurrence, 367

Nullité

- Action en -, 262 et s., 299
- Cas, 245, 255 et s., 296
- Effets, 265

O

Obligataires, 49, 257, 519 et s., 538 et s.

Obligation de couverture, v.

Cautionnement

Obligation de règlement, v.

Cautionnement

Obligations

- Donnant accès au capital, 213, 527
- Ordinaires, 520, 527, 538

Obligations de déclaration, 552

Obligations de liquidation, 552

Offre au public, 148, 188, 196, 514

Offre de remboursement, 524, 540

Opérations

- Assimilées, 43, 81, 94
- Restructuration, 7, 67, 73, 157, 319

Ordre public, 290, 489, 491

Organes de direction, 224, 422

P

Parité d'échange, 154 et s., 205, 214, 314, 397, 476

Participation réciproque, 163, 454

Parts sociales, 33, 153, 154, 157, 229, 287, 420

Passif de la société, 87, 276, 367 et s., 378, 392

Parties prenantes, 415

Patrimoine, v. **Transmission universelle**

Période intercalaire, 312, 314 et s., 323 et s.

Personnalité des peines, 371 et s.

Personnalité morale

- Continuation, 92 et s.
- Disparition, 334 et s., 458
- Jouissance, 104, 303

Plus-value, 33, 57, 406, 550, 551, 555, 561, 568

Pratiques anticoncurrentielles, 376

Prime d'émission, 405, 408, 465

Prime de fusion, 62, 157, 188, 317, 404 et s.

Procédures

- Droit français, 173 et s.
- Européennes, 186 et s.

Processus, 216, 241, 244, 258, 271 et s., 388, 516

Projet de fusion

- Communication, 192 et s.
- Contenu, 174 et s.
- Contrôle, 197 et s.
- Etablissement, 61, 171, 192
- Forme, 175, 189, 275
- Publication, 176, 195, 216, 510, 514

Propriété industrielle, 327

Protection des titulaires de titres particuliers, 257, 472

Protection des obligataires, v. **Obligataires**

Protocole, 14, 187

Provisions, 57, 157, 318, 405, 549, 559, 576

Publicité (mesures de), v. **Mesures**

Publicité foncière, 189, 327, 564

R

Rachat d'actions, 156, 214, 233, 245, 457

Rapport d'échange, v. Parité

Rapport d'expert indépendant, 180

Rapport de commissaire à la fusion, v.
Commissaire à la fusion

Rapport des organes d'administration,
199, 235

Rapprochement, 10, 14, 16, 23, 43, 96,
165, 303, 374

Régime de droit commun,
57, 545, 549, 559, 563, 575

Régime de faveur, 21, 53, 60, 550, 555,
561, 576

Régime fiscal des associés, 566 et s.

Régime spécial, v. Régime de faveur

Registre des sociétés, 71, 107, 176, 294,
319 et s.

Registre du commerce et des sociétés,
53, 139, 237, 248, 253, 264, 312, 330, 459

Régularisation, 107, 280 et s., 406, 407

Remboursement, v. Offre de
remboursement

Remise des titres, 63

Requête conjointe, 219

Responsabilité civile, 412 et s.

Responsabilité pénale

- Dirigeants, 415 et s., 583
- Personne morale, 366 et s., 552 et
s., 561

Restructuration, v. Opérations

Rétroactivité comptable, 331, 537

Rétroactivité fiscale, 332, 490, 537

Rétroactivité juridique, 328 et s., 536

S

SA, 108, 135, 149, 158, 221

Salariés

- Contrat de travail, 450 et s.
- Convention collective, 453 et s.,
605 et s.
- Licenciement, 452, 604
- Règlement intérieur, 452
- Représentation, 457 et s., 607 et s.

SARL, 137, 149, 158, 221, 254, 285, 303,
337, 403, 465, 579

SAS, 73, 78, 135, 337, 475

Scission

- Définition, 45
- Différence avec la fusion, 47
- Transmission universelle du
patrimoine, 46

Sens de la fusion, 174, 391

SICAV, 134

Société absorbante

- Assimilation au successeur, 380,
386 et s.
- Augmentation du capital, 160, 210,
395 et s.
- Réception du patrimoine, 397
- Responsabilité, 392

Sociétés absorbée

- Actifs, 183, 348 et s.,
- Associée de la société absorbante,
178 et s., 396

- Associée de la société tierce, 259 et s., 358, 443
- Contrats, 348, 550
- Passif, 362 et s., 549 et s.
- Responsabilité, 369, 572

Société civile, 92, 132

Société en commandite simple, 76, 328

Société en formation, 106, 108

Société en participation, 107

Sociétés de capitaux, 16, 38, 74, 126, 141, 275, 285, 287, 419, 515, 531

Société de comptabilité, 183, 280

Sociétés de personnes, 74, 78, 106, 128, 275, 286, 419

Soulte en espèce, 155, 174, 457 et s., 476, 586

Stakeholder, 415

Stipulation

- Clauses, 117, 243, 364
- Contrat, 346, 352, 380, 490, 527
- Pacte, 15
- Traité, 367, 368

Stock-option, 492

Sursis d'imposition, 561, 568, 569

T

Taille d'entreprise, 4, 7, 9, 12, 16, 76

Taxe sur la consommation, 582, 583

Taxe sur la valeur ajoutée, 553, 563, 582

Titres en voie d'extinction, 472

Traité de fusion, 174, 196, 206, 264, 270 et s., 317, 322 et s., 344, 367, 389, 474, 492, 545, 561, 577

Transfert des titres, 242, 243

Transmission universelle du patrimoine

- Eléments d'actif, 49, 343 et s.
- Eléments du passif, 49, 366 et s.
- Etendue, 345
- Limites, 349
- Règle, 133, 367
- Tempéraments, 369 et s.

V

Valeur d'apport, 403, 580

Valeur nominale, 119, 155, 157 et s., 399, 405, 457, 568, 588

Valeur réelle, 157, 165, 317, 407, 408, 559

Valeurs mobilières donnant accès au capital, 213, 519, 527, 529

Vice du consentement, 257, 433

TABLE DES MATIÈRES

(Les chiffres renvoient aux numéros des pages)

Remerciements	2
Liste des principales abréviations	3
Sommaire	6
INTRODUCTION.....	8
PREMIÈRE PARTIE. L'ALIGNEMENT PROGRESSIF DU DROIT SYRIEN SUR LE DROIT FRANÇAIS EN MATIÈRE DE MODALITÉS APPLICABLES AUX FUSIONS.....	27
 TITRE I. LE RAPPROCHEMENT INACHEVÉ DU DROIT SYRIEN ET DU DROIT FRANÇAIS QUANT AUX TYPES DE FUSION	29
 CHAPITRE I. L'ORIGINALITÉ DES TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION PROPOSÉES EN DROIT FRANÇAIS	31
Section I. La consécration législative de différents types de fusion	32
§I. Les formes de fusion appliquées : mode d'originalité du droit français.....	32
A. De l'importance de la consécration de la fusion-absorption.....	32
1° Les fondements.....	33
2° Les conséquences.....	34
B. De la nécessité de l'existence de la fusion par création d'une société nouvelle.....	35
1° Les caractéristiques : avantages et inconvénients.....	35
2° L'appréciation par rapport à la fusion par absorption.....	36
§II. L'intervention du droit européen en matière de formes de fusion : source de richesse du droit français.....	37
A. L'adoption d'une définition détaillée des techniques de fusion	37
B. La transposition du texte européen par les législations nationales des Etats membres.....	38
Section II. La consécration de l'originalité des procédés de restructuration	41
§I. Le champ d'application de la fusion aux opérations de restructuration	41
A. La scission : illustration du principe de la transmission universelle du patrimoine	42
B. L'apport partiel d'actif : la possibilité de soumettre l'apport partiel d'actif au régime de scission.....	44
C. La dissolution-confusion : acte unilatéral de la transmission universelle du patrimoine	47

§II. L'évolution de la fusion par rapport aux autres opérations de restructuration	50
A. La fusion rapide	50
B. La fusion simplifiée.....	53
 CHAPITRE II. L'INSUFFISANCE DES TECHNIQUES DE RESTRUCTURATION ADOPTÉES EN DROIT SYRIEN : L'IMPORTANCE DU DROIT FRANÇAIS COMME RÉFÉRENCE ALTERNATIVE	57
Section I. L'incidence du droit français sur les procédés de fusion appliqués en droit syrien	58
§I. L'adoption des techniques de fusion du droit français	58
A. La reprise de technique de fusion-absorption du droit français	59
B. L'adoption du procédé de fusion par création de société nouvelle du droit français	61
§II. La méconnaissance de formes de fusion par l'ancien législateur	63
A. L'absence des dispositions juridiques.....	63
B. L'applicabilité des techniques de fusion en pratique	65
Section II. La carence du droit syrien : l'absence de certaines opérations assimilées à la fusion	67
§I. La restriction du droit syrien quant aux opérations assimilées à la fusion	67
A. L'omission de l'opération de scission : une faute injustifiée du législateur	68
B. La méconnaissance de l'apport partiel d'actif	70
C. La possible application de la confusion du patrimoine	71
§II. De l'opposition de la fusion à la transformation de la société en cause	73
A. La critique de l'assimilation de la fusion à la transformation.....	73
B. La continuation de la personnalité morale de la société transformée	76
Conclusion du titre I.....	80
 TITRE II. LA CONVERGENCE ASSUMÉE DU DROIT SYRIEN ET DU DROIT FRANÇAIS QUANT AUX CONDITIONS APPLICABLES AUX FUSIONS.....	81
 CHAPITRE I. LES CONDITIONS DE FOND : FLUX ET REFLUX.....	83
Section I. La similitude du droit syrien au droit français quant aux conditions générales de l'opération de fusion.....	84
§I. Les conditions liées aux sociétés participant aux fusions.....	84
A. L'exigence de l'existence d'au moins deux sociétés	84
1° Le cas du droit français.....	84

2° L'hypothèse du droit syrien	85
B. L'exigence de la jouissance de la personnalité morale	86
1° En droit français.....	87
2° En droit syrien.....	88
§II. Les conditions liées aux associés.....	90
A. Interdiction d'exclusion de l'ancien associé : la permanence de la qualité d'associé.....	90
1° Affirmation de la permanence de la qualité d'associé en droit français .	90
2° Autorisation implicite du principe de permanence de la qualité d'associé en droit syrien	92
B. Interdiction d'augmentation des engagements de l'ancien associé.....	93
1° L'étendue d'aggravation des engagements de l'associé en droit français	93
2° La consécration du principe d'intangibilité des engagements de l'associé en droit syrien.....	97
Section II. La précision du droit français par rapport au droit syrien en matière de conditions particulières de l'opération de fusion	100
§I. Les conditions relatives aux sociétés fusionnées	100
A. Le sort des sociétés fusionnées en droit européen : facteur d'évolution du droit français	100
1° Le champ d'application de la directive n° 2005/56/CE applicable aux fusions transfrontalières	101
2° La transposition impérative de la directive n° 2005/56/CE en droit français	102
B. Les formes de sociétés pouvant être l'objet d'une opération de fusion en droit français	104
1° La fusion entre des sociétés de forme différente	104
a) Les opérations de fusion autorisées entre sociétés de forme différente.....	104
b) Les opérations de fusion interdites entre sociétés de forme différente.....	107
2° La possible participation de la société en liquidation	109
a) Le principe.....	109
b) Les conséquences du principe	111
C. L'insuffisance du droit syrien	112
1° Adoption d'une règle vaste	112
2° Autorisation indirecte à la société en liquidation de participer aux opérations de fusion.....	114
§II. La nécessaire évaluation des sociétés participant aux fusions	115

A. Le soin du droit français de l'évaluation des sociétés en présence.....	116
1° Les conditions générales de l'évaluation	116
a) Le contenu des méthodes de l'évaluation : existence de multiples méthodes.....	118
b) Les critères de choix des méthodes d'évaluation : source de variété du droit français	119
2° Les conséquences de l'évaluation.....	121
a) La nécessaire détermination de la parité d'échange	121
α) Le nombre d'actions émises par la société bénéficiaire de l'opération	121
β) La divergence entre la valeur réelle et nominale des parts sociales.....	123
b) Du sort de l'existence de participation entre les sociétés concernées par l'opération de fusion.....	124
α) La participation de la société absorbante dans la société absorbée	124
β) La participation de la société absorbée dans le capital de la société absorbante	126
ς) La participation réciproque entre la société absorbante et la société absorbée	127
B. La carence du droit syrien	128
1° Une règle ample d'évaluation	128
2° Absence injustifiée des critères d'évaluation.....	129
 CHAPITRE II. LES CONDITIONS DE FORME : DROIT STRUCTURÉ ET DROIT BOULEVERSE	133
Section I. La structuration du droit français	134
§I. L'organisation de l'élaboration du projet de fusion.....	134
A. La contribution du droit européen à l'établissement du projet de fusion	134
1° Les procédures envisagées pour la constitution du projet de fusion transfrontalière.....	134
a) Le contenu du projet de fusion transfrontalière : l'existence des indications propres.....	135
b) La publication du projet de fusion transfrontalière : l'existence de mesures européennes et internes.....	136
2° Le contrôle du projet de fusion transfrontalière : aspect de cohérence entre le droit interne et le droit européen	138
a) L'existence d'un expert indépendant.....	138
b) Une liberté donnée aux États membres d'exercer le contrôle.....	140
B. L'aménagement des procédures adoptées en droit français.....	142

1° Les principes généraux de l'élaboration du projet.....	142
a) De la détermination du contenu du projet de fusion.....	142
b) De l'étendue de la forme du projet de fusion	143
c) De l'exigence de la communication et la publicité du projet de fusion	144
α) De la communication du projet de fusion.....	144
β) De la publicité du projet de fusion.....	147
2° Le contrôle du projet de fusion : l'existence de personnes spécialisées..	149
a) L'intervention des commissaires à la fusion dans les opérations de fusion	150
α) Désignation en justice du commissaire à la fusion.....	150
β) Mission définie par la loi	154
γ) Rapport multifonctionnel établi par le commissaire à la fusion	156
b) L'exception relative aux filiales à 100	159
§II. L'approbation par les assemblées générales du projet de fusion, élément en faveur de la structuration du droit français.....	161
A. Une approbation requise en droit européen	162
B. De l'organisation de l'approbation de l'opération par les associés en droit français.....	164
1° Les modalités de la décision des associés en droit français : aspect de structuration.....	164
a) La délibération des assemblées générales compétentes : efficacité du rôle	165
α) La fusion-absorption réalisée au profit des sociétés existantes	165
i. L'impératif de la délibération des associés ou actionnaires de la société absorbée.....	166
ii. La nécessaire délibération des associés ou actionnaires de la société absorbante	168
iii. Du sort obligatoire de la délibération des assemblées spéciales	169
β) La fusion par création de société nouvelle	171
γ) Approbation sous condition lorsque la société concernée en cours de liquidation.....	174
b) L'application des clauses d'agrément	175
α) L'agrément des associés des sociétés appelée à disparaître	176
β) La clause d'agrément, en qualité d'associé de la société tierce, de la société bénéficiaire	177
2° L'existence de double mesure de publicité de la décision des associés..	180

a) Les mesures classiques	180
α) Les mesures de publicité de la société absorbée	180
β) Les mesures de publicité de la société bénéficiaire	182
b) Les mesures particulières de publicité	183
3° La nullité des opérations de fusion	184
a) Les cas de nullité des opérations de fusion	185
α) Les nullités prévues par la loi	185
β) La nullité de l'opération pour abus de majorité	186
b) L'action en nullité de la fusion	188
α) La régularisation de l'opération de fusion	188
β) La prescription de l'action en nullité	189
c) Les effets de la nullité de l'opération de fusion	190
Section II. L'imprécision du droit syrien	193
§ I. L'établissement du traité de fusion : procédures manquant de la précision	193
A. Le processus envisagé pour la constitution du traité de fusion	193
1° La méthode d'établissement	194
a) Contenu imparfait du traité de fusion	194
b) La forme du traité de fusion	195
2° Publicité insuffisante du traité de fusion	196
B. Le contrôle du traité de fusion	197
1° Un contrôle majoritairement étatique	197
a) Un contrôle de trois niveaux	197
b) Les solutions proposées	199
2° Absence des tempéraments comme le cas du droit français	200
§ II. L'approbation par les assemblées générales du traité de fusion	201
A. Les modalités de l'approbation de la fusion par les associés	201
1° La délibération des assemblées générales des associés	201
2° Absence de délibération des assemblées spéciales : une preuve du droit lacunaire	204
3° La publicité de la décision des associés	206
B. La nullité de l'opération de la fusion : défaut des cas prévus par la loi	208
1° Le retour aux principes généraux figurant en droit commun	208
2° La nullité pour abus de majorité	209
Conclusion du titre II	213
Conclusion de la première partie	214

SECONDE PARTIE. LES EFFETS DE LA FUSION : L'AUTONOMIE DU DROIT SYRIEN PAR RAPPORT AU DROIT FRANÇAIS.....	216
TITRE I. LES EFFETS DE LA FUSION À L'ÉGARD SUR LES SOCIÉTÉS PARTIES À L'ACTE.....	218
CHAPITRE I. LES EFFETS DE LA FUSION SUR LA SOCIÉTÉ ABSORBÉE : EFFET PRIMORDIAL DE L'OPÉRATION	220
Section I. La date d'effet de l'opération de fusion	221
§I. La fixation de la date d'effet de la fusion	221
A. La souplesse du droit français.....	222
1° La liberté des parties de choisir la date d'effet de la fusion	222
2° La période intercalaire	225
B. La rigidité du droit syrien.....	228
1° Le défaut du choix de la date d'effet de la fusion.....	228
2° La question d'adopter les dispositions du droit français de fusion concernant la période intercalaire.....	230
§II. L'opposabilité aux tiers du transfert du patrimoine.....	232
A. L'opposabilité de la transmission universelle en droit français.....	232
B. La situation identique en droit syrien.....	235
Section II. La dissolution sans liquidation de la société absorbée	237
§I. La disparition de la personnalité morale de la société absorbée	237
A. L'existence de textes spécifiques en droit français.....	238
B. L'absence de dispositions particulières en droit syrien.....	239
§II. L'absence de la liquidation de la société absorbée : conséquence identique en droit français et syrien	241
A. L'exclusion de la liquidation amiable.....	241
B. L'exclusion de la liquidation judiciaire.....	242
Section III. La transmission universelle du patrimoine de la société absorbée.....	245
§I. La transmission des éléments d'actif du patrimoine de la société absorbée.....	245
A. L'appréhension du principe de la transmission de l'actif.....	246
1° L'étendue de la règle générale de la transmission de l'actif en droit français	246
2° En droit syrien : la prédominance du droit commun	249
B. Les limites apportées au principe.....	250
1° Les contrats conclus intuitu personae	251

a) En droit français : la confirmation par la jurisprudence de la portée des contrats intuitu personae.....	251
b) En droit syrien : le renvoi aux principes généraux du contrat.....	253
2° Les contrats administratifs : principe uniforme en droit français et syrien	255
3° Le cas du cautionnement : une particularité du droit français	258
4° Les titres détenus par la société absorbée dans d'autres sociétés	264
§II. La transmission des éléments du passif du patrimoine de la société absorbée.....	266
A. L'énoncé du principe de la transmission du passif	266
B. Les tempéraments.....	269
1° La responsabilité de la société absorbée en matière pénale.....	269
a) Le rapprochement entre le droit français et le droit syrien quant à l'intransmissibilité de responsabilité formant la matière pénale	269
b) La rupture entre le droit français et le droit syrien quant à la transmission de la peine d'amende	272
2° La spécificité de la question de la responsabilité de la société absorbée en droit de la concurrence	274
3° Le sort de la transmission du cautionnement souscrit par la société débitrice absorbée.....	277
 CHAPITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION SUR LA SOCIÉTÉ ABSORBANTE : EFFET PATRIMONIAL DE L'OPÉRATION	 283
Section I. Le patrimoine de la société absorbée est de plein droit dévolu à la société absorbante	284
§I. L'incertitude de l'assimilation à la règle de la succession des personnes physiques	284
A. En droit français : le silence de la loi	285
B. En droit syrien : la prééminence du texte.....	288
§II. Une substitution à titre universel	289
Section II. L'augmentation corrélative du capital de la société absorbante.....	293
§I. Une contrepartie ayant un caractère réel.....	293
A. En droit français.....	294
B. En droit syrien	298
§II. La constatation d'une prime de fusion	300
A. En droit français : la prime de fusion est à la libre disposition de la société absorbante	300
B. En droit syrien : la prime de fusion est incorporée au capital de la société absorbante	303
Conclusion du titre I	306

TITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION À L'ÉGARD DES TIERS	308
 CHAPITRE I. LES EFFETS DE LA FUSION SUR LES PARTIES PRENANTES «STAKEHOLDERS»	310
Section I. Les effets de la fusion à l'égard des dirigeants	311
§I. La désignation du nombre des dirigeants de la société bénéficiaire de l'opération de fusion	311
A. En droit français : l'aménagement textuel de nombre des dirigeants	311
1° Le principe	312
2° L'exception : augmentation du nombre des membres de direction en cas de fusion	313
B. En droit syrien : le régime de fusion, source d'inefficacité	315
1° Le recours aux principes généraux	316
2° La possibilité d'envisager d'autres solutions.....	317
§II. Le sort des actes conclus par les dirigeants au nom de la société absorbée	319
A. La nature des actes conclus par les dirigeants de la société absorbée	319
B. La responsabilité des dirigeants	322
1° En droit français.....	322
a) La responsabilité civile.....	322
b) La responsabilité pénale	325
2° En droit syrien.....	328
a) La responsabilité solidaire	328
b) La responsabilité individuelle	330
Section II. Les effets de la fusion sur la situation des associés	332
§I. Une protection renforcée des associés en droit français	332
A. La rémunération des apports effectués par les associés.....	332
1° Le droit des associés de recevoir la contrepartie de leur participation au sein de la société apporteuse.....	333
a) L'échange des droits sociaux.....	333
b) Le versement d'une soulte en espèces.....	337
2° La mise en œuvre de nouveaux droits sociaux	338
B. La protection nécessaire de certains titres particuliers existant au sein de la société absorbée	341
1° Le sort des actions de préférence	342
2° Le sort des actions à droit de vote double.....	344

3° Le sort des actions à dividende prioritaire sans droit de vote	346
§II. La faiblesse du régime de fusion syrien quant à la protection des associés	348
A. Un choix de rémunération accordé aux associés	348
1° La réception des associés de leur contrepartie au sein de la société absorbée.....	348
2° Le droit des associés de sortir de leur société.....	351
B. Une protection insuffisante des titres particuliers de la société absorbée.....	352
1° Les actions de préférence, exemple d'insuffisance de textes spécifiques.....	353
2° Les actions à droit de vote double, un mode de résolution doctrinale....	355
Section III. Les effets de la fusion à l'égard des salariés	357
§I. Effets individuels	357
A. Les effets uniformes de la fusion sur les contrats du travail en droit français et droit syrien	358
B. Les autres effets sur le statut des salariés.....	361
§II. Effets collectifs	362
A. La possible continuité des conventions collectives conclues par la société absorbée	362
B. Les effets de la fusion sur les organes représentatifs du personnel.....	365
1° En droit français : la modification de nombre des institutions représentatives	365
a) La suppression des organes de représentation du personnel	365
b) L'augmentation du nombre des membres des organes représentatifs du personnel ou la création de nouveaux organes	367
2° L'absence de solution en droit syrien : le recours au droit comparé	368
 CHAPITRE II. LES EFFETS DE LA FUSION À L'ÉGARD DES TIERS EXTERNES AUX SOCIÉTÉS PARTIES À L'ACTE	 372
Section I. Les effets de la fusion à l'égard des créanciers sociaux	373
§I. En droit français : la relativité des textes spécifiques	373
A. La relativité de la protection des créanciers ordinaires.....	374
1° L'effet substitutif : la transmission de plein droit des dettes	374
2° Le droit d'opposition accordé aux créanciers sociaux.....	376
a) La relativité de la liste des créanciers investis du droit d'opposition..	376
b) La mise en œuvre du droit d'opposition.....	379
B. La relativité de la protection des créanciers obligataires	381
1° Une protection accordée aux titulaires d'obligations ordinaires	382

a) La protection accordée aux obligataires de la société absorbée	382
b) La situation des obligataires de la société absorbante.....	385
2° L'absence de texte spécifique quant à la protection des titulaires des obligations donnant accès au capital	386
§II. La dépendance du droit syrien aux principes du droit commun.....	389
A. L'application d'une règle générale quant à la protection des créanciers ordinaires	389
1° L'absence des textes spécifiques	389
2° L'exercice du droit d'opposition.....	391
B. Les obligations de la société absorbée, un mode indirect de protection	393
1° Le cas des obligataires ordinaires	393
2° Le cas des titulaires des obligations convertibles en actions	395
Section II. Les effets de la fusion sur le plan fiscal.....	398
§I. Le dualisme du régime fiscal de fusion en droit français	398
A. Les conséquences fiscales sur la situation des sociétés intervenant aux fusions.....	400
1° L'imposition de la société absorbée.....	400
a) L'impôt sur les sociétés	400
α) En droit commun : l'imposition immédiate de la société absorbée	401
β) En régime de faveur : exonération partielle d'imposition.....	402
b) L'exonération totale d'imposition quant à la taxe sur la valeur ajoutée.....	404
c) L'impôt de distribution : une exonération sous conditions	405
2° L'imposition de la société absorbante	406
a) L'impôt sur les sociétés	407
α) L'imposition immédiate sous le régime de droit commun.....	407
β) L'existence des droits particuliers lorsque la fusion est soumise au régime spécial.....	408
b) La taxe sur la valeur ajoutée.....	410
c) La perception des droits d'enregistrement est en fonction du capital	411
B. Les conséquences fiscales de la fusion sur les associés des sociétés parties à l'opération.....	413
1° La situation des associés de la société absorbée : l'exonération est en fonction de la qualité d'associé	413
2° Les associés de la société absorbante : la limitation des conséquences fiscales.....	415
§II. La généralisation du régime fiscal de fusion en droit syrien : exonération totale	416

d'imposition	
A. L'encouragement des opérations de fusion.....	416
1° L'impôt sur la société en droit commun	417
2° Le tempérament du régime fiscal de fusion : l'exonération d'imposition des sociétés en cause	418
B. L'écart entre le droit syrien et le droit français quant au régime fiscal de fusion	419
1° La perception des droits d'enregistrement est en fonction de la valeur d'apport de la société absorbée	420
2° La taxe sur la valeur ajoutée, un cas non prévu par le législateur	421
Conclusion du titre II.....	424
Conclusion de la seconde partie	426
 CONCLUSION GÉNÉRALE	 428
BIBLIOGRAPHIE	433
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	488
TABLE DES MATIÈRES	496